الجامعة الإسلامية في لبنان

كلية الحقوق

تعدي الادارة على الأملاك الخاصة

(دراسة مقارنة)

رسالة أعدت لنيل شهادة الماستر في القانون العام

الطالب

زيد علي الأسدي

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور فوزت فرحات	رئيساً
الدكتور غادي مقلد	عضواً
الأستاذ الدكتور امين صليبا	عضواً

خلدة

٢٠١٤ - ٢٠١٥

إنَّ كليَّة الحقوق في الجامعة الاسلاميَّة في لبنان غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة وهي تُعبِّر عن رأي كاتبها فقط.

بسم الله الرحمن الرحيم

وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ(١)

صدق الله العلي العظيم

(١) سورة البقرة، الاية ١٨٨.

إهداء

لاشيء عندي أفخر به أعظم من ديّن أؤمن به ..

- **و رجلٌ شجاعٌ كريمٌ أفخر دائماً عندما يختتم اسمي بأسمه، هو من حصر الأشواك عن دربي ليمهد لي سبيل الحياة، إلى الذي لم يبخل بشئ من أجل دفعي في طريق النجاح، إلى الذي علمني أن ارتقي سلم الحياة بحكمة وصبر، إلى والدي العزيز صاحب القلب الكبير (الحاج علي عبد الكريم الأسدي) ...**
- **و امرأة عظيمةٌ حنونةٌ، قامت بتربيتي على الشرف والقوة وعلمتني حب الحياة وتحدي الصعاب، الى رمز العطاء وبلسم الشفاء، الى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي الى اغلى الحبايب امي الحنونة ...**
- **و نجوم جميلة اضاءت حياتي، الى من ارى التفاؤل في عينهم، والسعادة في ضحكتهم، الى من هم اقرب ألي من روحي، اخواني الاعزاء (ليث ، اكرم) ...**
- **و فتاتين طيبتين زادتا الحياة حناناً وملئتا البيت بركة واطمئناناً، الى من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة لاحدود لها، الى من عرفت معهما معنى الحياة، اختاي الفاضلتين...**

عسى ان يعطيني الله ما أتمناه، ويمد بأيامي، لأقدم لكم كل مايسعدكم ويعلي من شأنكم العالي أبداً.

شكر وتقدير

في البداية لايسعني إلا أن اتقدم بالشكر الجزيل والثناء العطر، الى أستاذي الكبير بعلمه والمتواضع بأخلاقه الاستاذ الدكتور فوزت فرحات، الذي تفضل مشكوراً بقبوله الاشراف على هذا البحث، منذ أن كان مجرد ومضةٌ تعتمل في الذهن وحتى بلغ منتهاه، ولست أجافي الحقيقة أنه لولا مابذله هذا الاستاذ الجليل من النصح والارشاد وإبداء كثير من الملاحظات، لما استطعت أن اتغلب على الكثير من الاخطاء، أو حتى ان استكمل بعض جوانب النقص والقصور، ولست أنسى ماحييت، ماقدمته أياديه الكريمة البيضاء ببعض من المعلومات القيمة والمراجع النادرة المتعلقة بالموضوع، فجزاه الله بألف ألف خير، وأكرمه وأطال عمره وأنعم عليه بالصحة والعافية والرضوان.

كما ازجي شكري العميق الى من له الفضل والإحسان استاذي الفاضل الدكتور غادي مقلد، الذي لم يدخر علي وسعاً بتذليله الصعوبات التي واجهتني بكتابة الرسالة، وخاصة ما أبداه من ملاحظات مهمة بخصوص الرسالة، واعطتها بعداً و رونقاً أكاديمياً، فجزاه الله بالخير واليمن والبركات.

ومسك الختام، أن اتوجه الى استاذي وقرة عيني العميد الدكتور امين صليبا، الذي قبل ان يكون عضواً في لجنة مناقشة هذه الرسالة، وأود ان اشكره شكراً كبيراً لما ابداه لي من ملاحظات قيمة، وذات فائدة على الصعيدين النظري الاكاديمي والعملي التطبيقي، فجزاه الله وافر عنايته ورعايته، وسدد خطاه بطريق النجاح.

ويتوجب علي أخيراً، أن اتوجه بشكري وتقديري الى حضرة العميد الفاضل الاستاذ الدكتور رامز عمار، جزاه الله بألف خير وأنعم عليه بالصحة والعافية والرضوان.

كما اتوجه بشكري الى كل من وقف الى جانبي وشد أزري وزرع بذور المحبة والامل، من اساتذة أجلاء وزملاء مخلصين، ولايسعني في هذا الصدد إلا أن أكون وفياً لهم لما قدموه لي من مساعدة صادقة وفقهم الله وسدد خطاهم.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المقدمة

يمثل حق الملكية الوسيلة التي تعطي للمالك السلطة التي يمارسها على ملكه في مواجهة الناس كافة، ومن الممكن ان يتعرض هذا الحق الى تعدٍ أو تجأوز عليه، ويستند حق الملكية على أسس دستورية وقانونية، تكون الأساس لحماية هذا الحق والتي تقررت للاموال الخاصة وكفل حمايتها الدستور، فضلاً عن الحماية القانونية له.

ويعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية، بل يعتبر هو من الحقوق الشاملة، وقد اعطى القانون صاحب الملكية سلطات على ملكيته، فلهُ ان يستعمل الشيء الذي يملكه، وله حق إستغلاله، وكذلك له الحق في التصرف به(١).

وسابقاً كانت معظم الشرائع تعتبر الملكية حقاً مطلقاً، حيث أن لصاحبه مطلق الحرية للتصرف فيه، بل وكانت هذه الشرائع تعتبر هذا الحق مقدساً يمُنع المساس به.

لكن تقديس الملكية الخاصة بكونها حقاً مطلقاً لم يدم طويلاً اذ تعرض هذا الحق للأنتقاد من قبل بعض الفقهاء، وحأولوا إيجاد أساس آخر للملكية الخاصة للوصول إلى فرض القيود عليها بما يتلاءم مع المنفعة العامة.

وبناءاً على ذلك فقد اعُتبر ان للملكية الخاصة وظيفة إجتماعية يضّحى بها من اجل المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل.

وعليه فقد ظهرت بعض الاستثناءات والقيود التي تنص على تقييد سلطة المالك على ملكه، واهم هذه الاستثناءات هو التأميم والمصادرة ونزع الملكية للمنفعة العامة (الاستملاك) وتعتبر أحد الأسباب القانونية التي تخول للإدارة نقل ملكية عقار مملوك لأحد الأفراد لتحقيق أهداف ومصالح عامة يتعذر إنجازها دون اللجوء الى استملاكها وبعد التعويض على اصحابها.

وفي احيان اخرى تلجأ الإدارة إلى التعدي على عقارات ومنقولات الأفراد، وحيازتها، للقيام بأشغال وخدمات، وإنجاز مرافق عامة دون سند قانوني فنكون في هذه الحالة امام تعدٍ، الذي هو محور بحثنا.

ويكاد يجمع الفقه الفرنسي على اعتبار التعدي عملاً غير مشروعاً تأتيه الإدارة في مواجهة الأفراد، بحيث يتميز هذا العمل بجسامة خطأه.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء٨، حق الملكية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص٤٧٩.

ويعتبر التعدي عملاً لا صلة له مطلقاً بتطبيق نص قانوني أو تنظيمي، أو حتى بإحدى الصلاحيات المسندة للإدارة، والذي لا يمكن اعتباره عملاً ذي طبيعة إدارية يمكن إدراجه ضمن ممارسات السلطات الإدارية.

وامام جسامة هذا العمل وفداحة الخطأ المرتكب، وبما اننا في دولة القانون، فأنه يجب مقاضاة الإدارة. وهنا يتوجه المتضرر امام القاضي العادي للمطالبة بوضع حد لهذا الاعتداء ومقاضاة الإدارة تطبيقاً لنصوص الدستور(١). لكن ليس هناك مايمنع من ان يلجأ المتضرر كذلك الى القاضي الإداري الذي أثبت برأينا انه أيضاً قادر على حماية الملكية والحرية الفردية من تعدي الإدارة.

وعليه يساهم القضاء العدلي والإداري في تحديد دور كل منهما في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، استناداً الى المبدأ الأساسي الذي يستند إليه كل من هذين القضاءين في معيار حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية عند حصول نزاع أو تعدٍ حولها.

لذا، فإنه من الأهمية إبراز الدور الذي يلعبه كل منهما في حماية الملكية الخاصة والحرية الفردية، خصوصاً في ظل الأهتمام المتزايد من قبل المجتمعين الدولي والمحلي بموضوع حقوق الأنسان وحرياته الأساسية وتوفير الضمانات الفعالة للفرد.

وان هذه الدراسة تهدف إلى بيان الأساس الدستوري والقانوني لحق الملكية الخاصة وحمايتها من التعدي، فضلاً عن البحث في الضمانات التي يمكن بواسطتها حماية حق الملكية الخاصة، والبحث عن القيود التي ترد على هذا الحق، وموقف الاجتهاد في كل من فرنسا والعراق ولبنان من حماية الملكية الخاصة.

وبالرغم من ان البحث يعالج ضمن نطاق القانون العام غير انه لابد من الخوض في هذا الموضوع في اطار القانون الخاص أيضاً لأرتباط هذا الحق بهذا القانون من جهة ولأن العراق قد خضع الى القضاء الموحد منذ نشوء الدولة العراقية المعاصرة حتى نهاية العقد الثامن من القرن العشرين حين انتقل الى القضاء المزدوج وبشكل نسبي ومغاير عن نظيره الفرنسي، من هنا كان من الضروري ان نعرج في دراستنا على القانون الخاص ولو بشكل بسيط ونحن نبحث في تعدي الإدارة على الاملاك الخاصة.

وان اهم الاشكاليات المطروحة في هذه الرسالة، هي طرق وآليات الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة، والضمانات الكافية لحماية هذا الحق، وكذلك مامدى ممارسة

(١) تنص الدساتير على أن الملكية والحرية الفردية هما بحمى القاضي العدلي.

هذه الحماية من قبل القاضي العدلي؟ وما هي الحالات التي يشملها هذا المبدأ لحماية الملكية الخاصة والحرية الفردية؟ وهل هذه الحماية التي يمارسها القاضي العدلي هي حماية مقيدة؟ وما الصلاحيات التي يتمتع بها تجاه الإدارة خصوصاً في حالة تعدي الاخيرة على الاملاك الخاصة؟ وما دور القاضي الإداري فيها؟ وهل يمكن القول أنهما يتنازعان الصلاحيات أم يتقاسمانها في مجال حماية حقوق الأفراد؟ وماهو دور القضاء العدلي في حماية حق الملكية الخاصة لا سيما عند وقوع استملاك أو استيلاء أو تعدٍ عليه، وذلك استناداً إلى المبدأ التقليدي بأن "القضاء العدلي هو حامي الملكية الفردية"، وما هو دور القضاء الإداري في هذ الصدد؟

وبما أنه لا خلاف على اختصاص القضاء العدلي في بت المنازعات المتعلقة بحقوق الأفراد،إلا إننا سنحأول اثبات الدور المتنامي للقاضي الإداري في هذا المجال وخصوصاً أن قربه من الإدارة يعطيه المجال لفضح أعمالها غير المشروعه تجاه ملكية الافراد الخاصة وحرياتهم.

ولذلك فاننا سوف نعالج هذه الدراسة وفقاً للمنهج التحليلي والمقارن وذلك من خلال فصلين وكالتالي:

الفصل الأول: وجوب حماية الملكية الخاصة من التعدي عليها.

المبحث الأول: الأسس القانونية لموجب الحماية.

المبحث الثاني: ماهية التعدي وصوره.

الفصل الثاني: الأثار القانونية للتعدي على الملكية الخاصة.

المبحث الأول: الحماية القضائية للملكية الخاصة.

المبحث الثاني: المحاكم المختصة للنظر في التعدي.

وتليها خاتمة نلخص فيها اهم ماتطرقنا اليه من دراسة للنقاط القانونية ذات الصلة.

الفصل الأول

وجوب حماية الملكية الخاصة من التعدي عليها

لايخفى على احد ان لكل مواطن جملة من الحقوق والحريات التي يتمتع بها وتكون هذه الحقوق محمية وفق القانون من التعدي عليها من قبل السلطة أو من قبل الغير، ومن اهم تلك الحقوق هي حق التملك، لذلك سنتعرف في هذا الفصل على حق الملكية وكيفية حمايته من التعدي عليه، لذا سنعالج هذا الفصل عبر مبحثين، كالتالي: المبحث الأول: الأسس القانونية لموجب الحماية لحق الملكية، اما المبحث الثاني: ماهية التعدي وصوره.

المبحث الأول

الأسس القانونية لموجب الحماية

تُعبِّر فكرة الملكية في معناها البسيط المستمد من الواقع، عن اختصاص الفرد بشيء من الأشياء اختصاصاً يكفل له السيطرة على منافعه وكيانه. والملكية على هذا النحو تفترض شخصاً معيناً يسند إليه الاختصاص بالشيء المملوك، طبيعياً كان هذا الشخص أم معنوياً، وعاماً كان أم خاصاً. بما يفضي إلى تنوع صورها. وتظهر هذه الملكية في سلطات أو مكنات معينة يمارسها المالك على ملكه والتي تعدٍ مضموناً لها(١).

وان الملكية تعتبر في حمى القانون والدستور ولايستطيع أياً كان التعدي على الملكية الخاصة، وبناءاً على ما تقدم سنبحث في مضمون حق الملكية الخاصة من خلال تعريفه، وبيان خصائصه، مع بيان الحماية لها في المواثيق الدولية والدساتير، وذلك عبر مطلبين:

المطلب الأول: ماهية الملكية الخاصة وأساسها القانوني.
المطلب الثاني: الحماية القانونية لحق الملكية.

---

(١) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ، ص٢٩.

المطلب الأول

ماهية الملكية الخاصة وأساسها القانوني

كانت الملكية ولازالت تعتبر المصدر لأغلب المشاكل الأقتصادية والسياسية والإجتماعية، ولهذا السبب ليس من المتصور أن يتجاهل اي نظام أقتصادي أو سياسي أو إجتماعي نظرية الملكية، وعليه وبناءاً على ماتقدم سنبحث في مضمون حق الملكية من خلال تعريفه ومعرفة خصائصه، مع بيان الأساس القانوني لها، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: تعريف حق الملكية وخصائصها

يختلف الفقهاء في تعريف حق الملكية، ولهذا الحق عدة مميزات وخصائص لايتمتع فيها حق غيره، لذلك سوف نتعرف عليها تباعاً وكالتالي:

الفقرة الأولى: تعريف حق الملكية

تعرف الملكية **لغةً** وهي نسبة إلى المالك، والملك، أحتواء الشيء، أو القدرة على الأستبداد به. والملكية اسم صيغة من مادة ملك منسوباً إلى المرجع وهو الملك(١).

اما **أصطلاحاً** فقد عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة متقاربة في مرماها وإن اختلفت في مبناها. فمنهم من عرفه بأنه الاختصاص الحاجز، أي الاختصاص المانع لغيره من الإنتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه بالتوكيل أو النيابة(٢). ومنهم من عرفه بأنه تمكن الأنسان شرعاً بنفسه أو بنيابة عنه من الإنتفاع بالعين ومن اخذ العوض أو تمكنه من الإنتفاع خاصة(٣)، كما وعرفت الملكية أصطلاحاً أنه القدرة التي يقررها ويثبتها الشارع

---

(١) القاموس المحيط باب الكاف فصل الميم، وقد عرف الحاوي القدسي المُلك بأنه "الاختصاص الحاجز"أي الذي يخول صاحبه منع غيره، وعرفه الكمال بن الهمام أول كتاب البيع من كتابه فتح القدير بأنه "القدرة على التصرف ابتداءاً إلا لمانع" يريد أنه قدرة مبتدأة لا مستمدة من شخص آخر.

(٢) عبدالحميد محمود البعلي، الملكية وضوابطها في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، بدون تاريخ، ص ٢٥.

(٣) محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ، ص٦٥.

ويعطيها حق التصرف إلا لمانع، فالحق ليس ناشئاً عن طبائع الأشياء ولكنه ناشئ عن إذن الشارع وجعله السبب منتجاً لمسببه شرعاً [١].

اما **قانوناً** فقد وردت تعريفات عدة لحق الملكية في القوانين المدنية. فنصت المادة (٥٤٤) من القانون المدني الفرنسي على أن: "الملكية هي الحق في الإنتفاع والتصرف في الأشياء على النحو المطلق بشرط أن لا تستعمل إستعمالاً محرماً بموجب القوانين أو الأنظمة". وهذا التعريف قريب من تعريف القانون المدني العراقي لحق الملكية.

فالقانون المدني العراقي نص في المادة (١٠٤٨) بإن: "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة وإستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة".

ويلاحظ تأثر المشرع العراقي بالفقه الإسلامي، وذلك بنقله هذا التعريف حرفياً من المادة (١١) من مرشد الحيران[٢]، وهو بهذا يتفق مع القانون المدني المصري، بأبراز سلطات المالك الثلاث، وهي: الإستعمال، الإستغلال، والتصرف. وعبارة: "جميع التصرفات الجائزة" الواردة في تعريف القانون المدني العراقي تقابلها عبارة في "حدود القانون" الواردة في تعريف القانون المدني المصري[٣].

اما القانون اللبناني فنص في المادة(١١) من قانون الملكية العقارية رقم ٣٣٣٩ الصادر في ١٩٣٠ بأن: الملكية العقارية هي حق إستعمال عقار ما، والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة. وهذا الحق لا يجري إلا على العقارات الملك.

(١) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء٤، الطبعة٤، مطبعة دار الفكر المعاصر، لبنان، ١٩٩٧، ص٢٨٩٢.

(٢) المادة ١١ من مرشد الحيران عرفت الملك الخاص على الوجه الاتي : (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعةً واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)، محمد قدري باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، مصر، ١٨٩١.

(٣) فالمادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري تعرف حق الملكية بقولها: "للمالك وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه". سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، الطبعة١، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ١٩٧٥، ص٨٧.

راجع كذلك، صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦١، ص٦.

وبإمعان النظر في تعريف القانون المدني العراقي واللبناني ومرشد الحيران وغيرهم من تعريفات الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أنها قرنت الملكية بصفة الإطلاق، إلا أن هذه التعريفات تضمنت إشارة مهمة تنزع عن حق الملكية هذه الصفة. فنص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي والمادة (١١) من مرشد الحيران تتحدث عن تصرفات المالك في العين بعبارة "بجميع التصرفات الجائزة" فإذا خرج عن حدود الشرع والجواز فلا يعده الشرع أو القانون مستحقاً لحمايته. وهذه العبارة مفيدة من ناحيتين اثنتين هما:

أولاً: من ناحية السياسة التشريعية تثبت للمشَرع الحق في تقيد حق الملكية على أساس أن ذلك من حقه، وليس من قبيل التعدي والغصب.

ثانياً: ومن الناحية الأخرى فيها تأكيد على الطابع الإجتماعي لحق الملكية الخاصة بأن الملكية هي حق له وظيفة إجتماعية[١].

ويرى بعض الكتاب أنه حتى لا نبتعد عن هذا التعريف المستمد من الفقه الإسلامي يمكن تعريف حق الملكية (الملك التام) بشيء من الإيجاز وعلى النحو الآتي: "الملك التام من شأنه أن يتصرف المالك فيما يملك بجميع التصرفات الجائزة عيناً ومنفعة وإستغلالاً"[٢]. ومن الواضح ان لحق الملكية خصائص وعناصر، فلا بد لنا من التعرف عليها بشئ من التفصيل، لذا فإننا سوف نسلط الضوء عليها وكما ياتي.

الفقرة الثانية: خصائص حق الملكية وعناصره

أولاً: خصائص حق الملكية

إن الإعتراف بحق الملكية يقتضي ضرورة الإعتراف بخصائصها ومميزاتها التي تنفرد بها عن باقي الحقوق العينية الأخرى، كونه حقاً جامعاً ومانعاً ودائماً، ونقتصر الحديث وبإيجاز عن بيان الخصائص التي ينفرد بها حق الملكية دون سواه وعلى النحو الآتي:

---

(١) سعيد عبد الكريم، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص٢٤. راجع كذلك محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، بدون ناشر، ١٩٨٢، ص٤٢.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، الطبعة٢، القاهرة، ١٩٦٤، ص١٣.

١- حق جامع

يعد حق الملكية حقاً جامعاً، وذلك لأنه يشمل أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء، وهذه السلطات هي: الإستعمال، الإستغلال، التصرف. وليس لصاحب اي حق عيني آخر على الشيء، كل هذه السلطات جميعاً وهي التي تمكنه من الحصول على جميع المزايا في الشيء محل الحق وضمن الحدود الجائزة قانوناً[١].

٢-حق مانع

ويعني ذلك أنه حق مقصور على المالك وحده دون غيره فله الحق في أن يستأثر بجميع مزايا ملكه دون سواه، ويستطيع أن يزأول سلطاته عليه، ويمنع غيره من مشاركته فيه حتى ولو لم يلحقه ضرر من المشاركة، ويترتب على ذلك أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً لشخصين في وقت واحد، وبالنسبة لحالة الشيوع فإن الشخصين لا يملكان الحق كله، بل كل واحد منهم يملك جزء من الحق على المشاع[٢].

٣-حق دائم

وهو يعني أن حق الملكية يظل باقياً ما دام الشيء محل الحق موجود، وهذا لا يعني أن ملكية الأنسان للشيء تدوم أبد الدهر، وقد يتخلى المالك عن ملكيته للشيء بأي تصرف ناقل للملكية مثل البيع أو الهبة، فالقصد من قولنا أن حق الملكية حق دائم، يعني أنه حق دائم في ذاته، أي لكونه وارداً على شيء معين يظل باقياً ما دام الشيء باقياً أيضاً[٣].

ثانياً: سلطات المالك على ملكه (عناصر الملكية)

يقصد بعناصر الملكية: السلطات أو المكنات التي يخولها الحق لصاحبه على ملكه، وهذه السلطات هي: الإستعمال، الإستغلال والتصرف، وقد أشارت المادة (١٠٤٨) من القانون

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٥٢٩.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٥٢٩. راجع كذلك عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص١٧.

(٣) محمد علي حنبولة، الوظيفة الأجتماعية للملكية الخاصة، الطبعة١، دار بور سعيد للطباعة، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٤٢١.

المدني العراقي والمادة(١١) من قانون الملكية العقارية اللبناني إلى هذه السلطات الثلاث[١]. ونتولى بإيجاز بيان تلك السلطات التي تكون مضموناً للملكية فيما يأتي:

١- سلطة الإستعمال

وهي تعني انتفاع مالك الشيء بعينه، فله ان يستعمله كيفما يشاء بشرط ان يكون متفق مع طبيعته وعلى النحو الذي أعد له، فالسيارة تستعمل لركوبها، والمنزل لسكناه، والكتاب بقرأته، وللمالك أن يغير في شكل الشيء تغيراً مادياً ويعدهُ إعداداً جديداً يتفق مع مصالحه وأهدافه، فله أن يحفر بئراً في أرضه، أو يبني فيها منزلاً أو ينشئ فيها بركة، وكذلك للمالك الحرية في إستعمال ملكه، أو عدم إستعماله فهو ليس ملزماً في ممارسة سلطة الإستعمال، فله أن يركب سيارته، أو أن يودعها المرآب دون إستعمال، وله أن يزرع أرضه أو أن يتركها دون زراعة[٢].

٢- سلطة الإستغلال

يختلف إستغلال الشيء عن إستعماله، فالإستغلال يعني القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء المملوك، فإستغلال الدار بتأجيرها، وإستغلال الماشية بالحصول على نتاجها، وقد يقيد المشرع في بعض الحالات من حرية المالك في إستغلال الشيء المملوك له، فمثلاً لا يجيز قانون زراعة التبغ زراعته إلا في مناطق معينة، وبمساحات تحددها السلطات المختصة وبترخيص منها، وقد تختلط سلطة الإستعمال بسلطة الإستغلال، فالمالك الذي يزرع أرضه، يمارس سلطة إستعمالها، وحصوله على الثمار يعني أن ينتفع بغلتها ويستغل ثمارها نتيجة ذلك، فالإستعمال والإستغلال يختلط كل منهما بالآخر ولا يكاد يمكن التفريق بينهما [٣].

---

(١) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الطبعة١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والاعلان، عمان، ١٩٩٩، ص٢١. وراجع كذلك شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩، ص ١٩٦.

(٢) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة١، المطبعة العالمية، القاهرة، بدون تاريخ، ص٦١٢.

(٣) سعيد عبد الكريم، مرجع سابق، ص٣٢.

٣- سلطة التصرف

بينت المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي إن للمالك بماله من سلطة جامعة أن يتصرف في الشيء محل الحق بجميع التصرفات الجائزة، والمادة(١١) من قانون الملكية العقارية اللبناني ان للمالك حق التمتع والتصرف بملكه ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة، إما أن تكون هذه تصرفات مادية، وذلك باستهلاك الشيء، أو إتلافه، أو إحداث تغيير فيه. وإما أن تكون تصرفات قانونية، وذلك بنقل بعض عناصرها إلى الغير، نحو البيع، أو الهبة، أو ترتيب حق الإرتفاق، أو الرهن.

وسلطة التصرف تعد أهم عنصر من عناصر الملكية، وتميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية، بأن للمالك وحده سلطة التصرف المادي في الشيء الذي يملكه، وله وحده سلطة التصرف القانوني في رقبة الشيء، وهذه السلطة لا تكون إلا للمالك سواء أكان التصرف تصرفاً مادياً أم كان تصرفاً قانونياً، أما سلطة التصرف في منافع الشيء فتشترك مع حق الملكية الحقوق العينية الأخرى كل بقدر معين، فالتصرف إذن لا ينفصل عن الملكية والمالك ما دام مالكاً لا يفقد سلطة التصرف[(١)].

وكما أن للمالك الحرية في التصرف في ملكه كيف ما يشاء، وله الحرية أيضاً إلا يتصرف فيه، وهناك حالات استثنائية تقّيد فيها سلطة المالك في التصرف أو يحرم من هذه السلطة بصفة مؤقتة وذلك بمقتضى نص في القانون، أو بموجب قيود إدارية "شرط المنع من التصرف"[(٢)].

الفرع الثاني: الأساس القانوني لحق الملكية

تطّلب البحث في الأساس القانوني لحق الملكية نظراً لأتساع سلطات المالك على الشيء، فمن له حق ملكية على شيء كان له حق إستعماله، وحق إستغلاله وحق التصرف فيه في حدود القانون.

---

(١) محي الدين إسماعيل، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، بدون ناشر، ١٩٧٧، ص٢٩-٣٠. راجع كذلك عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص٢٩-٣٠. راجع كذلك علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص٢٣.

(٢) سعيد عبد الكريم، مرجع سابق، ص٣٣.

وقد احتدم النقاش حول موضوع الملكية الخاصة، واختلف الفقهاء والباحثون حول هذا الأمر وظهرت آراء ونظريات عديدة. سنعالج اهم هذه الاراء في هذا الفرع وكما يأتي.

أولاً: القانون الطبيعي أساس للملكية.

ذهب جماعة من فقهاء المدرسة الألمانية إلى أن الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي، فقد عدَوا حق الملكية الخاصة بأنها من حقوق الشخص الطبيعية التي تثبت للأنسان بمجرد مولده، ولا تسلب منه مثل: الحرية، والأمن، والمسأواة. فهم يربطون الملكية والحرية ببعضهما ولا يفترقان على أساس أن الملكية كالحصن المنيع للحرية(١).

وعلى أساس ذلك فان حق المالك في ملكه حق "مطلق" في ممارسة سلطاته الثلاث، الإستعمال، والإستغلال والتصرف، ولا يجوز التعرض له، واستناداً إلى ذلك لا يجوز تقييد حق الملكية بأي شكل من الأشكال(٢).

وإن هذا المبدأ هو الذي تأثرت به الثورة الفرنسية كرد فعل لما كان يعانيه الفرد في ظل الإقطاع وأستبداد الملوك، فجاء إعلان حقوق الأنسان والمواطن الفرنسي ١٧٨٩ معتبراً حق الملكية من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز انتهاكها، ونصت المادة (١٧) منه على أن: "الملكية حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمته ولا يجوز حرمان صاحبه منه إلا إذا اقتضت ذلك صراحة وبوضوح ضرورة من المصلحة العامة التي تثبت قانوناً وشريطة دفع تعويض عادل للمالك مقدماً". وقد عده الدستور الفرنسي لعام (١٧٩١) بأنه حق لا يمس. إذ نص في المادة (٨٧) منه على أن: "الملكية حق مقدس لا يسلب". وقد أمتد هذا المبدأ إلى التقنين المدني الفرنسي فقد عرفت المادة (٥٤٤) الملكية على النحو الآتي: "الملكية هي الحق في الإنتفاع بالشيء وفي التصرف فيه على نحو أكثر ما يكون إطلاقاً بشرط ألا يستعمل الشيء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح"(٣).

---

(١) نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص٨٠.

(٢) نزيه محمد الصادق مهدي، مرجع سابق، ص٨١.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٤٨٣. وراجع كذلك. محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٣٥٢.

ولكن هذه النظرية أنتقدت، ذلك إذا كان الناس شركاء في الملكية، فمن غير الصواب مسأواة الملكية بالحرية والأمن، فإذا كان الأمر يوفر الحرية والأمن لكل شخص في المجتمع، لكن لا يمكن توفير ملكية كافية لكل أفراد المجتمع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لو كان القانون الطبيعي أساس الملكية الخاصة، لوجدت في كل الأزمان والعصور، إلا أنها كانت ثمرة تطور طويل ولم تكن موجودة من قبل[١].

ثانياً: الحيازة أوالإستيلاء أساس الملكية

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى تبرير الملكية الخاصة على أساس الحيازة أو الإستيلاء، فمن يحز الشيء ويستولي عليه ما دام ذلك الشيء غير مملوك لشخص آخر فأنه يملكه، لأن واقعة الإستيلاء أوالحيازة تعطي للحائز أو واضع اليد أسبقية في التقدم على غيره، فيكتسب ملكية ذلك الشيء بمقتضى تلك الواقعة، ويصبح مالكه الشرعي ويقع على الآخرين أحترام تلك الملكية، وإن الحيازة أوالإستيلاء كانتا أقدم أسباب كسب الملكية[٢]. كما أن حياة الأنسان يتطلب بقاؤها على أستهلاك أشياء كثيرة، ولكي يستهلك تلك الأشياء فإن حياته تستمر ولابد من حيازتها أوالإستيلاء عليها، ووفقاً لذلك فالملكية وظيفة طبيعية[٣].

وقد انتقدت هذه النظرية مثل سابقتها، وذلك لأنه إذا أخذنا بها أساساً للملكية فلا يمكن تصور تحقق العدالة، فإذا فعلنا ذلك نكون قد أعطينا للقوي الحق في التملك على حساب الضعيف، وفضلاً عن ذلك فقد أعطينا لهذه النظرية الصلاحية لأن تكون أساساً لحق الملكية، فأن ذلك يصح بالنسبة لملكية المنقول دون العقار، لأن هذه النظرية تقوم على أساس الإستيلاء، أو وضع اليد على شيء لا يملكه أحد، الأمر الذي لا وجود له بالنسبة للعقار، فالأرض على سبيل المثال كانت دائماً مملوكة على مر العصور فهي إما ملك للجماعة أو القبيلة، أو الفرد، أو الدولة، لذلك فأن هذه النظرية لا تصلح أن تكون أساساً لحق الملكية[٤].

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٤٨٠.

(٢) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص٨٣.

(٣) محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٣٥٤.

(٤) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص٨٤.

ثالثاً: العمل أساس للملكية

تذهب هذه النظرية إلى أن أساس الملكية الخاصة هو العمل، فالعامل يكسب أجر عمله، وهذا الكسب الحلال هو بذرة الملكية الخاصة، ومتى أثبتنا بأن للعامل حقاً مشروعاً في نتاج عمله، أثبتنا مشروعية الملكية الفردية، لأن ذلك الأجر إنما حصل عليه الأنسان بكده ونشاطه فهو من حقه فيجب أن يستأثر به دون أن يشاركه فيه أحد غيره، وينتقل عنه إلى ورثته بعد موته[١].

فالعمل هو الجهد الوحيد المنتج، والأرض هي مصدر الثروة، وقد خلقها الله –عز وجل– لجميع الناس، ويذهب الفقيه الأنكليزي (جون لوك) إلى أن الأنسان ملك نفسه، مما يترتب على ذلك أن يكون نشاطه ملكاً له، وإن ثمار الأرض تكون لمن أخذ على عاتقه جنيها لسد حاجاته، وما زاد عن حاجته فأنه يجب أن يكون ملكاً للآخرين، ومن أنصار هذه النظرية الفقيه (شارل فورييه) الذي يرى بأن العمل يغذي ويثري نفسه بنفسه، فهو من اسمى المراتب التي يقوم عليها أساس الملكية[٢].

وعلى الرغم من التأييد الذي لاقته هذه النظرية إلا أنها تعرضت للنقد في الوقت نفسه، فهي إن صلحت لتبرير ملكية المنقول، إلا أنها لا تستطيع أن تبرر ملكية العقار ولاسيما الأرض، لأن الأرض خلقها الله –عز وجل– وليس بإمكان العمل أن يخلق لنا أرضاً، وبالتالي فإن العمل لا يمكن أن يكون أساساً لشيء غير ناتج عنه، وبناءاً على ذلك ذهب البعض إلى الجمع بين وضع اليد والعمل، لأن الأرض يمكن أن يكون أساسها وضع اليد، والعمل يكون أساساً لملكية الجزء الناتج عن عمل الأنسان، ثم قالوا لابد من استثمار الأنسان للأرض وإلا فلا قيمة لها بدون الاستثمار الذي يبرر ملكية الأنسان للعقار والمنقول على حد سواء، وقد انتقد هذا الاتجاه أيضاً لكون أن قيمة الأرض لا يحددها العمل والاستثمار فحسب، وإنما توجد أسباب أخرى مثل خصوبة الأرض، وموقعها، ومدى حماية الدولة والمجتمع لهذه الملكية[٣].

رابعاً: القانون الوضعي أساس الملكية الخاصة

ذهب بعض من الفقهاء إلى القول بأن الملكية الخاصة هي من صنع القانون الوضعي، فهي بذلك من صنع الدولة، وهي التي أوجدتها بوساطة هذا القانون، وهذه النظرية محأولة

---

(١) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص٨٥.

(٢) محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٣٥٨.

(٣) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص٨٩.

منهم لإخضاع الملكية إلى إرادة السلطة، فذهبوا إلى القول أنه لم يكن في السابق ملكية، وإنما كانت الموارد الطبيعية مشاعة بين الجميع، إذ أن الملكية الخاصة في اعتقادهم عرفت عندما عاش الأنسان في مجتمع منظم، وبهذا فإن القانون هو الذي أنشأ الملكية، ووفر لها الحصانة، وعلى أساس ذلك فإن الملكية والقانون لا يتفارقان عن بعضهما البعض(١).

وانتقد هذا الاتجاه هو الآخر على أساس إنها قد تتجاهل أن القانون هو من نتاج الفرد وعقله، فلم يكن القانون أسبق وجوداً من الفرد، وإن الدولة من مبتكرات الجماعة والفرد أسبق وجوداً من الجماعة، ويظهر من ذلك أن أساس الجماعة وأساس القانون الوضعي وأساس الدولة هو الفرد، لأنه هو من أنشأ القانون ليحكم وينظم حياة ومصالح الجماعة في ظل الدولة، وبهذا فإن الحق أقدم وجوداً من القانون، وهو سبب وجوده، لذلك فإن هذا الاتجاه الذي عد القانون الوضعي أساس الملكية لم يتمكن من تبرير الأوضاع التي كانت سائدة قبل إيجاد القوانين، وفضلاً عن ذلك فإن القوانين ليست في مجموعها مصدرها المشرع فحسب، وإنما منها ما يكون مصدره العرف، كما أن القانون ينص على بعض أسباب كسب الملكية من الحيازة، ووضع اليد، وأحياء الأرض الموات، والوصية، والميراث، فعد القانون أساس الملكية يتطلب إلغاء كل تلك الأسباب والاكتفاء به(٢).

خامساً: المنفعة الإجتماعية والأقتصادية أساس الملكية

ترمي هذه النظرية إلى أن حق الملكية يستند على النفع العام، على أساس أن لا وسيلة لإثارة عزيمة الأنسان إلا أن يؤمن على ملكه بشكل دائم، مع فرض أن طبيعة الأنسان منفعة مع الملكية الخاصة في اتجاه بذل ما يستطيع من جهد من أجل زيادة ملكه وبالتالي لو طبق هذا النظام لأصبحت الملكية حافزاً للفرد على العمل والأنتاج مما يؤدي إلى زيادة الموارد الأقتصادية للمجتمع كله، كما أن انشغال كل فرد بملكه الخاص يؤدي إلى القضاء على المنازعات والخلافات بين أفراد المجتمع لكونه أداة مهمة لتحقيق الأمن والسلام، فكان على القوانين توفير الحماية اللازمة للملكية الخاصة(٣).

---

(١) محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٣٦٠.

(٢) محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٣٦٠ وما بعدها.

(٣) عزيز كاظم ناصر، الملكية الخاصة وخصوصية التطبيق الاشتراكي في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص٣٧.

وقد انتقدت هذه النظرية أيضاً، ومن هذه الأنتقادات هي أن انقسام المجتمع على طبقات نتيجة تركيز الثروة في يد طائفة منه، وسوء توزيع الدخل يترتب عليه عدم الاستقرار، في النزاع المستمر، فهو يتعارض مع فكرة أصحاب هذه النظرية بأن الملكية الخاصة تقود إلى الأمن والسلام، كما أنه يمكن التخلي عن دافع الملكية الخاصة ونستعيض عنها بدوافع أخرى مادية ومعنوية بوجود نظام اشتراكي أساسه العدالة الإجتماعية، وتجنب الملكية الخاصة التي تدفع صاحبها إلى بذل أقصى جهده لتحقيق الربح حتى وإن كان على حساب المصلحة العامة[١].

سادساً: الملكية وظيفة إجتماعية

إن تقديس الملكية الخاصة بكونها حقاً مطلقاً تعرض للهجوم من قبل العميد (ديجي)، فحأول إيجاد أساس آخر للملكية الخاصة للوصول إلى فرض القيود عليها بما يتلاءم مع المنفعة العامة دون الوصول إلى إلغائها.

وبناءاً على ذلك فقد عد العميد (ديجي) الملكية الخاصة وظيفة إجتماعية ينبغي على المالك أن يقوم بها كأنه موظف.

كما أن القانون لا يحمي المركز القانوني للحائز على الثروة إلا إذا قام المالك بأداء وظيفته في المحافظة على تحقيق التضامن الإجتماعي، وبهذا لم تعد الملكية الخاصة حقاً مطلقاً يستطيع المالك أن يتصرف بملكه كيف ما يشاء، بل أصبحت وظيفة إجتماعية يحميها القانون، إلا أن المالك لا يحصل على تلك الحماية إذا تقاعس عن أداء وظيفته كما يجب، وبهذا فإن حق الملكية الخاصة يخضع لقيود كثيرة يجب على المالك مراعاتها وهو يتصرف بملكه[٢].

وانتُقدت هذه النظرية أيضاً، ذلك لأنها تعوض عن فكرة الحق بفكرة المركز القانوني، فهي تؤدي إلى تغير جوهر الحق، ولا تعترف إلا بالمركز القانوني، وهذا لا يصح، وذلك لأن إلزام المالك على تحقيق النفع العام إلى جانب تحقيق مصلحته الخاصة، لا يقصد به تغيير جوهر الحق إلى مركز قانوني وإنما تبقى الملكية حقاً له وظيفة إجتماعية[٢].

---

(١) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص٩٥.

(٢) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص١٠٣.

(٢) محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٤١٢ وما بعدها.

بعد أن استعرضنا مختلف الآراء وأهم والنظريات التي قيلت بشأن الأساس القانوني لحق الملكية الخاصة. فأننا نؤيد نظرية القانون الوضعي لكونها من أصلح النظريات التي قيلت في أساس حق الملكية الخاصة، لأن القانون هو الذي يحمي الملكية ويقيدها ويستطيع أن يلغيها نهائياً، فمثلاً نجد في الدول ذات النظام الاشتراكي لا توجد ملكية خاصة لأدوات الأنتاج لأن القانون يمنع ان تكون وسائل الأنتاج ملكية خاصة، وعلى العكس من ذلك نجد أن الدول ذات النظام الرأسمالي يوجد فيها مثل تلك الملكية، لأن القانون يسمح بتلك الملكية، أما الأنتقادات الموجهة إلى هذه النظرية والقائلة بأنها لم تتمكن من تبرير الأوضاع التي كانت سائدة قبل ميلاد القوانين مردود، لأن الأنسان حتى في العصور البدائية كان ينظم حياته عن طريق عادات وتقاليد اكتسبت بمرور الزمن أحترام المجتمع واصبح لها قوة إلزام تماثل القانون الذي لا يجوز تجأوزه، فالقانون ليس فقط ما تسنه السلطة التشريعية من قواعد قانونية وإنما يشمل الأعراف التي كانت سائدة قبل وجود القانون المكتوب، على هذا فالأنسان كان يمتلك ملكية خاصة قبل القانون ويحترمها الجميع، وأساس هذا الأحترام هو العرف الذي يعبر عن اعتراف المجتمع بالملكية الخاصة، ويجب أن لا نغفل أنه كان ينظم الملكية الخاصة، وهذا التنظيم يتم وتحدد أسسه على أساس أن الملكية الخاصة حق له وظيفة إجتماعية.

ولأهمية حق الملكية فنرى ان لها حماية دستورية ودولية كبيرة وهذا ماسنعالجه في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني
الحماية القانونية لحق الملكية

إذا كان حق الملكية الخاصة حقاً من حقوق الأنسان الأساسية في النطاق الداخلي، نجد أن الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الأنسان قد أكدت أيضاً على هذا الحق. ولذلك سوف نوضح في هذا المطلب كيفية الحماية لهذا الحق في الاسلام أولاً، ومن ثم حمايتها في الدساتير والمواثيق الدولية تباعاً.

الفرع الأول: حماية حق الملكية على مستوى الشريعة الاسلامية

أقرَ الإسلام الملكية بنوعيها العامة والخاصة، إلاَ أنه أقام الملكية الخاصة على أساس أن الله – سبحانه وتعالى– هو المالك الأصلي لكل ما يملكه الناس، وينتفعون به، فهو الذي

خلق كل شيء وسخره للأنسان، فهو إذن المشرع للملكية لكونه المالك الحقيقي لها، وهذا المعنى مصداق لما أشارت إليه الآيات الكريمة التي نسبت الملكية إلى الله تعالى. قال الله تعالى:"**وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ**"[١]. وقوله تعالى: "**وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ**"[٢]. وقوله تعالى: "**وَلِلّهِ مُلْكُ السَّمَأوات وَالأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا**"[٣]. وقوله تعالى: "**بَل لَّهُ مَا فِي السَّمَأواتِ وَالأَرْضِ**"[٤].

يتضح لنا من الآيات الكريمة أن كل شيء في الوجود هو ملك لله تعالى. فالله وحده الذي له ملكوت السموات والأرض، وإن الأنسان هو خليفته في أرضه، وبمقتضى هذا الاستخلاف يكون للفرد حق التملك الشخصي، ينفرد به، ويستغل الإنتفاع به دون منازع من هذا، فإن الله تعالى لم يخلق ذلك ليكون هو المالك، فالله هو الغني والقدير والرزاق، ولكنه خلق كل شيء لكي ينتفع به البشر[٥].

ومن الآيات التي تنسب الملكية للأنسان نحو قوله تعالى: "**وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ**"[٦]، وقوله تعالى: "**لَتُبْلَوُنَّ فِي أَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ**"[٧]، وقوله تعالى: "**فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ**"[٨].

وَالْمَحْرُومِ"[٨].

إلا أن هذه الآيات كان إقرارها للملكية الخاصة ضمناً، ثم جاءت الآية: "**وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ**"[٩]. فهذه الآية صرحت بأن غرض الملكية الخاصة هو إشباع حاجات المسلم الشخصية ثم إنفاق ما زاد عن حاجاته في سبيل الله، أي لغرض المنفعة العامة.

إن الإسلام قد أقر الإنتفاع بالملكية الخاصة، فأباح تملك الأموال سواء أكانت عقاراً أم منقولاً، إذا كان اكتسابها قد تحقق بطريق شرعي، كما أن للأفراد حرية التصرف في الأموال

---

(١) سورة النور، الآية ٣٣.

(٢) سورة الحديد، الآية ٧.

(٣) سورة يونس، الآية ٢٥.

(٤) سورة الإنعام، الآية ١٢.

(٥) الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء١، بدون ناشر، ١٩٦٩، ص٤٣ و٤٤.

(٦) سورة البقرة الآية ١٨٨.

(٧) سورة آل عمران، الآية ١٨٦.

(٨) سورة الذاريات، الآية ١٩.

(٩) سورة التوبة، الآية ٣٤.

المملوكة لهم والتعامل فيها بالبيع، أو الهبة، أو الوصية، أو غير ذلك من التصرفات المباحة شرعاً، وإن الشريعة الإسلامية جعلت الملكية من مقاصدها الخمسة وهذه المقاصد، الدين، النفس، العقل، العرض والمال، فالملكية الخاصة حالها حال باقي الحقوق وإن تقررت للأنسان للأنتفاع منها إلا أنها مقيدة فيما فرضه الله من قيود وما وضعه من حدود، وهي بهذا تتمتع بحماية الشارع وأصبحت حقيقة ثابتة، وقاعدة أساسية في النظام الأقتصادي الإسلامي[١].

وقد ذهب الإسلام في أحترام الملكية الخاصة وصيانتها إلى الحد الذي فرض فيه عقوبات صارمة، وجزاءاً حاسماً يحول دون الاعتداء عليها وهذه العقوبة هي قطع يد السارق. قال الله تعالى: "**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**"[٢]. ومن هذا يتضح لنا جلياً أنه ليس ثمة خلاف بين فقهاء الإسلام عامة والباحثين في الاقتصاد الإسلامي خاصة حول مبدأ تدخل الدولة في الحياة الأقتصادية ولاسيما في مجال الملكية الخاصة[٣].

إن الشريعة الإسلامية احترمت الأنسان وحرصت على كرامته، وأقرت الملكية الخاصة وصانتها على أساس أنها حق فطري للأنسان، وجاءت نتيجة العمل والتنافس في ميدان الحياة، فعمل الإسلام على تشجيع الملكية ووضع الضمانات الكفيلة لحمايتها، إلا أن هذه النزعة الفردية وما تتضمنه من صيانة حق الملكية وإقراره لا تعني إن هذا الحق مطلق من كل قيد وإنما تقف في وجه أي تدخل من قبل الحاكم، فالإسلام حرص كذلك على الجماعة ومصالحها، فهو لا يجعل صالح الفرد وحده أو حريته هدفه وغايته، وإنما يهدف إلى تحقيق صالح الفرد والجماعة في آنٍ واحد[٤].

فمن أهم المبادئ التي يقوم عليها الاتجاه في الإسلام فيما يتعلق بحق الملكية الخاصة هي خضوع المالك في التصرف في المال إلى نظم وقيود من شأنها أن تؤدي إلى تحقيق مصلحة الجماعة، فهذا الحق يقوم على مجموعة من المبادئ أو القواعد التي تسمح بتدخل

---

(١) محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٤٢٧.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣٨.

(٣) شعبان محمد إسماعيل، الثقافة الإسلامية في ضوء القرآن والسنة، دار المريخ للنشر، المملكة العربية السعودية، بدون تاريخ، ص٢٩٠.

(٤) حامد محمود إسماعيل، الملكية الخاصة في ظل الإسلام، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأول، منشورات منشورات جامعة صنعاء، ١٩٧٨، ص١٠٩.

الحاكم رعايةً للمصلحة العامة فالإسلام أقام نوعاً من الموازنة بين المصلحتين الخاصة والعامة فيما يمنح الفرد الحق بالتملك وكذلك التصرف، إلا أنه قيده بقيود لمصلحة المجتمع(١).

فالتملك وظيفة إجتماعية، إذ أن الفرد الذي يستثمر ماله إنما يعمل في مال المجموع لا في ماله الخاص، وبذلك فإن حيازة المال وظيفة والفرد موظف قائم بعمل الوكيل أو النائب عن الجماعة، وهكذا فإن الإسلام يفرض رعاية مصلحة المجتمع عند تملك المال، فيد المالك يد استخلاف، والله جعل المال وسيلة للخير فلا يصح أن يستعمل إلا في مصلحة الجماعة، وبذلك تكون الملكية الخاصة في نظر الإسلام وظيفة إجتماعية(٢).

وبناءاً على ما تقدم فإن الإسلام قد فرض عدداً من القواعد والنظم التي لا تعطي المالك حق التصرف المطلق في ماله، ويورد القيود المباشرة وغير المباشرة على الملكية، ويفرض عليهما من الواجبات ما يستهدف منه بناء المجتمع على أسس لا تتعارض مع الفطرة الأنسانية، ولا تقوم على تهيئة أسباب الإستغلال أو تعريض مصالح المجتمع العامة للخطر، ومن هذه القيود:

١- **القيود غير المباشرة:** وهي تلك التي فرضت على الأنفاق لا على التملك، وغرضها إلغاء تضخم الثروات وتجميعها في أيد قليلة، وضمان حياة إنسانية كريمة للفقراء والمساكين المعوزين، ومن أمثلة هذه القيود، تحريم التبذير أو التقتير، فالإسلام كان يحجب عن المالك ملكه عندما يسيء إلى أمواله بالتبذير أو اختزانها دون عمل، فقد دعا إلى الأنفاق في سبيل الله بوسائل الترغيب في البذل والترهيب من الشح والترف(٣).

وتعد فريضة الزكاة من القيود غير المباشرة فهي ركناً أساسياً من أركان الإسلام، وهي حق دائم وثابت ومحدد، فهي فريضة على كل من حاز على نصابها، وهي ليست إذلالاً للفقير، ويمكن أن يقدمها الغني للفقير مباشرة أو بواسطة الدولة التي قد تقوم بجمعها وتوزيعها بمعرفتها(٤). وقد جاء في قوله تعالى: "**وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ**"(٥).

---

(١) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة٦، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص٢٥٢. راجع كذلك منير حميد البياتي، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، بغداد، ١٩٧٨، ص١٩٣.

(٢) عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص١١٤.

(٣) محمد سليم محمد غزوي، الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الغربية والماركيسية، مؤسسة شباب الجامعة، بدون تاريخ، عمان، ص١٤٣.

(٤) شعبان محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص٣٠١.

(٥) سورة البقرة، الآية٢٦١.

وكذلك يعد الإرث والوصية من القيود غير المباشرة على حق الملكية فقد وضع الإسلام الوصية والإرث في نظام يترتب على تطبيقه المنع من تركيز الأموال وتكديسها فأعطى المالك الحق في أن يوصي الثلث فقط من ماله أما ما زاد عن ذلك فلا يجوز[١].

٢- **القيود المباشرة على الملكية:** فهي متعددة ومنها جواز تحديد الملكية، فالأصل في الشريعة الإسلامية أنه ليس هناك حدود لما يمتلكه الأنسان وما دام حق التملك إباحة من الخالق شرعها الله وفي حدود معينة فلا يجوز والحالة هذه أن تكون سبيلاً للضرر الفاحش بحيث إذا اقتضت مصلحة الأمة التحديد كان جائزاً وواجباً[٢].

ومن هذه القيود أيضاً نزع الملكية للمصلحة العامة، فإذا أدت الملكية الخاصة إلى أن يتحكم مالكها في ثمنها أو توزيعها أو يحبسها عن الناس بحيث يتضررون من ذلك وهم في حاجة إليها كان على الدولة أن تحول دون الاحتكار، وجاز لها أن تتخذ الوسائل الكفيلة من اجل المنفعة العامة، إلا أن نزع الملكية يجب أن يكون مقابل تعويض عادل يدفع للمالك ما دام قد تم كسبها بسبب مشروع على أنه إذا لم يكن هناك ضرر أو مصلحة عامة، فلا يجوز نزعها من المالك وفقاً لقول الرسول محمد **(صلى الله عليه وسلم):** "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه"[٣].

الفرع الثاني: حماية حق الملكية على مستوى الدساتير.

لقد نصت معظم دساتير الدول الغربية منها والعربية على حق الملكية، ولا يكاد يخلو دستور من الدساتير الحديثة من تسجيل هذا الحق.

فتعد الدساتير الفرنسية أول الدساتير الغربية التي نصت على حق الملكية الخاصة، ابتداءاً بدستور ١٧٩١ الذي أعاد للملكية الفردية كيانها واستقلالها المطلق وعدها حقاً مقدساً،

---

(١) محمد سليم محمد غزوي، مرجع سابق، ص١٤٦.

(٢) عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص١١٥.

(٣) إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، الطبعة١، الموصل، ١٩٨٤، ص١٨٢. راجع كذلك كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢٨٣. صحيح مسلم، الجزء٤، ص١٨.

وذلك في نص المادة (٨٧) من هذا الدستور حيث جاء فيها أن: "الملكية حق مقدس لا يُمَسُّ"[١].

وقد جاء دستور ١٧٩٣ ودستور ١٧٩٥ بالمفهوم نفسه للملكية الخاصة، إلا أن الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦ حاول أن يوفق بين المفهوم الحديث للملكية والذي أملته عوامل التغيير، والمفهوم التقليدي لها المستمد من الإعلان الفرنسي الصادر ١٧٨٩. وبعد أن نص على نقل ملكية كل مال أو مشروع إكتسب ويكتسب استثماره صفات المؤسسات التي تؤدي خدمة عامة وطنية إلى ملكية عامة للجماعة، رجع وأعلن في المقدمة التمسك نفسه بمبادئ الإعلان الفرنسي لعام ١٧٨٩ والتي تجعل من هذا الحق حقاً مطلقاً، فيعد دستور الجمهورية الرابعة نقطة تحول كبيرة في مفهوم الملكية الخاصة فلم يعد حق الملكية في فرنسا حقاً مقدساً لا يجوز انتهاكه لأنها امتداد لشخصية المالك، وانتهى هذا الأمر بتدخل الدولة وبكثرة القيود التي فرضتها على تلك الملكية، وقد تبنى دستور الجمهورية الخامسة لعام (١٩٥٨) هذا المفهوم نفسه[٢].

اما في الدول العربية فبعد حصولها على استقلالها إثر الحربين العالميتين الأولى والثانية أصدر معظمها دساتير متعدِدة ومتتابعة، ويمثل البند الخاص بحق الملكية ركناً ثابتاً من أركان دساتير معظم الدول العربية، فجاءت دساتير هذه الدول رغبةً واعية وصارمة في الاستجابة لسنة التطور الطبيعي لحق الملكية الخاصة، ولا ضير من الإضاءة على النصوص الدستورية في بعض الدول العربية.

١-في العراق:

ان الدساتير العراقية المتعاقبة قد نصت على حق الملكية، فالقانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ نص في المادة ١٠ منه على أن: "١- حقوق الملكية مصونة، فلا ينتزع ملك أحد أو ماله إلا لأجل النفع العام في الأحوال والطريقة التي يعينها القانون وبشرط التعويض عنه تعويضاً عادلاً"[٣]. وقد أكد هذا الدستور صيانة حق الملكية إذ كان يعكس طبيعة نظام الحكم

(١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٤٨٣.

(٢) عدنان حمودي الجليل، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة، القاهرة، ١٩٧٥، ص١٧٤.

(٣) في تعديله المادة (١٠) عام ١٩٤٣ أضيفت كلمة (مال) إلى (مالك) وتبرير هذه الإضافة هو أن كلمة مال أوسع من كلمة ملك فقد أرتؤي إضافة كلمة مال لترصين حماية حقوق التملك. راجع القانون الأساسي العراقي مع تعديلاته، إشراف ديوان التدوين القانوني، مطبعة الحكومة، بغداد، ص٣.

في تلك الفترة الذي أسبغ على هذا الحق مفهوماً مطلقاً، لأن الملكية الإقطاعية الكبيرة في العراق كانت هي السائدة في بدايات القرن العشرين، وكانت لسيطرة الأنكليز على العراق في ذلك الوقت دوراً مهماً ساعد على استقرار هذا المفهوم وثباته لحق الملكية، لأنه كان مدعوماً من قبل مثل هذه الإقطاعيات لاتفاقه مع مصالحها[١].

وقد حضي حق الملكية ضمن هذا القانون حماية كبيرة عندما نص على عدم نزع ملك أحد أو ماله إلا لأجل النفع العام ومقابل تعويض، والملاحظ أن مثل هذا التعويض يتلاءم مع المفهوم المطلق لحق الملكية آنذاك، فالملكية وفقاً لهذا المفهوم: "علاقة تجمع بين المالك وبين الشيء موضوع الملك ليس إلا، وإن تدخل الدولة باسم المصلحة العامة إنما يؤدي إلى حشر عنصر أجنبي في هذه العلاقة بدون وجه حق"[٢]. وعلى هذا لابد من دفع تعويض من قبل الأجنبي عند تدخله بنزع هذا الملك.

أما دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ فقد خص حق الملكية بمادتين اثنتين، فقد حأول أن ينظم هذا الحق وفق نظرة تختلف عما كان سائداً في ظل القانون الأساس، وإن يجعل حق الملكية مواكباً للتطورات الأقتصادية والإجتماعية والسياسية التي حدثت في العراق، فنص في المادة (١٣) على أن: "الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الإجتماعية ولا تنزع إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقاً للقانون".

وبموجب هذا الدستور لم تعد الملكية حقاً مطلقاً فحسب، وإنما أصبحت حقاً له وظيفة إجتماعية. أما المادة (١٤) من الدســتور نفسه فقد نصت على أن: "أ- الملكية الزراعية تحدد وتنظم بقانون. ب- تبقى حقوق الملكية الزراعية مصونة إلى حين استصدار التشريعات واتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذها"[٣].

وكذلك دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ الذي نص على حق الملكية الخاصة وجاء متفقاً مع دستور ١٩٥٨، إلا أنه حدد في المادة (١٣) الحد الأقصى للملكية الزراعية بقولها: "يعين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية بما لا يسمح بقيام الإقطاع". وكذلك دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ فقد عد حق الملكية من أهم الحقوق الأقتصادية ونص عليه في المادة (١٧) التي جاء

(١) عبد الوهاب مطر الداهري، اقتصاديات الإصلاح الزراعي، الطبعة١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠، ص٢٦٩.

(٢) قسطنطين كاتزاروف، نظرية التأميم، ترجمة عباس الصراف، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢، ص٣٠٠.

(٣) أزهار عبد الكريم، الحقوق والحريات في ظل الدساتير العراقية، رسالة ماجستير بغداد، ١٩٨٣، ص١٥٨.

فيها: "الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الإجتماعية ولا تنزع إلا للمنفعة العامة لقاء تعويض عادل وفقاً للقانون". والملاحظ أن هذا الدستور لم يأت بجديد فيما يخص حق الملكية الخاصة ويختلف به عن الدساتير السابقة.

وقد جاء دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ المؤقت الذي اخذ بمفهوم "الملكية وظيفة إجتماعية" مما يعزز نزع صفة الحق عن الملكية وجعلها مجرد التزام على حائز الثروة بمراعاة مصلحة المجتمع مع مصلحته، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦) الفقرة أ : "الملكية وظيفة إجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة، وفقاً لأحكام القانون". إلا أن هذا الدستور قد نزع عن حق الملكية صفة الأطلاق، وأخضع إستعماله وفقاً لمقتضيات التخطيط الأقتصادي العام. كما جاء في نص فقرة ب من المادة (١٦): "الملكية الخاصة والحرية الأقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون وعلى أساس عدم استثمارها فيما يتعارض أو يضر بالتخطيط الأقتصادي العام"[١].

وجاء بعد ذلك مشروع دستور العراق لعام (١٩٩٠) الذي نص على حق الملكية في المادة (٣٠) التي جاء فيها: "الملكية وظيفة إجتماعية، ينظم القانون كيفية التصرف بها، وإستعمالها والإنتفاع بها، بما يتفق والمصلحة العامة والأسس الأقتصادية والإجتماعية المحددة في الدستور". فقد أكد الدستور في هذه المادة على أن حق الملكية لم يعد مطلقاً وله وظيفة إجتماعية، وهذا ما ذهب إليه أيضاً الدستور المؤقت. وفي المادة (٣٢) من مشروع الدستور نصت على أن: "الملكية الخاصة والحرية الأقتصادية الفردية، مكفولتان في حدود القانون بما لا يضر، أو يعارض مصلحة المجتمع والأسس الأقتصادية والإجتماعية المحددة في الدستور".

وأكد أيضاً على حماية الملكية الخاصة، ووجوب دفع تعويض عادل يقرره القانون عند نزعها للمنفعة العامة، وهذا ما نص عليه في المادة (٣٤) الفقرة الأولى، وإمعاناً في صيانة الملكية الخاصة وحمايتها من الاعتداء عليها من الغير، حظر الدستور مصادرتها أو الحجز عليهما إلا بناءاً على قانون أو قرار قضائي في الفقرة الثانية من المادة (٣٤).

كذلك دستور عام ٢٠٠٥ النافذ جاء مصوناً للملكية الخاصة اذ تنص المادة ٢٣ في الفقرة الأولى منه "الملكية الخاصة مصونةٌ، ويحق للمالك الإنتفاع بها وإستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون.

(١) أزهار عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

كما اكد على عدم المساس بها الا من اجل المصلحة العامة وبموجب قانون ومقابل تعويض عادل فقد جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة "لايجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون.

٢- في لبنان:

اما لبنان لم يختلف عن غيره من الدول في دساتيره عن حماية حق الملكية فمنذ نشأة الدستور فيه في عام ١٩٢٦ وهو كان انذاك تحت الأنتداب الفرنسي فكانت الملكية محمية دستورياً ولايمكن التجأوز عليها، حتى بعد الاستقلال عام ١٩٤٣ ورغم ان الدستور قد تعرض الى تعديلات عدة في نصوصه الا ان المادة المتعلقة بحق الملكية لم تتعرض الى اي تعديل فبقيت كما هي حامية لهذا الحق الى يومنا هذا اذ جاء في نص المادة ١٥ من الدستور الحالي "الملكية في حمى القانون فلا يجوز أن ينزع عن أحد ملكه إلا لأسباب المنفعة العامة في الاحوال المنصوص عليها في القانون وبعد تعويضه منه تعويضاً عادلاً".

نستخلص أخيراً، أن النص على حق الملكية الخاصة في الدساتير هو إعلاء من شأنها وتقديس لها ودليل على وجود الرغبة الجادة في حمايتها وتوفير الحصانة اللازمة لها، وحق الملكية الخاصة في الدول العربية لم تنص عليه في الدساتير القديمة فحسب، وإنما أكدت عليه الدساتير الحديثة لهذه الدول أيضاً، وكذلك نجد أن نصوص الدساتير العربية في أغلبها قد نصت عليها بشكل متشابه من حيث المحتوى، وغالباً بالصيغة نفسها المنصوصة عليها في الإعلانات والإتفاقيات الدولية لحقوق الأنسان وكما سنرى في الفرع اللاحق.

الفرع الثالث: حماية حق الملكية على مستوى المواثيق الدولية والأقليمية

لقد أهتم الفلاسفة والمفكرون بموضوع حق الملكية منذ أقدم العصور، وقد شهد القرن التاسع عشر والقرن العشرين اهتماماً كبيراً لهذا الحق، وذلك بالنص عليه في الدساتير والمواثيق الدولية والإقليمية، وتبين هذه المواثيق الضمانات التي تكفل حق الأفراد أو حريتهم في التملك، أو تذكر الأسس أو الحدود التي بموجبها تتدخل الدول لتنظيم تلك الأمور لغرض استبعاد التعسف في إستعمال حق الملكية. وسوف نبين في هذا الفرع أهم الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الأنسان والتي نصت على حق الملكية وعلى النحو الآتي:

أولاً: حق الملكية في إعلانات الحقوق الأميركية لعام (١٧٧٦)

عقب استقلال المستعمرات البريطانية في شمال أميركا وعددها ١٣ مستعمرة، حرصت على تضمين إعلانات الاستقلال بعدد من حقوق الأنسان، فتضمن إعلان استقلال فرجينيا مثلاً، الذي وافق عليه برلمانها في يوليو ١٧٧٦ النص على أن جميع الناس متسأوون ومستقلون، ولهم حقوق أصلية لا يجوز التنازل عنها، ومن بينها الحق في الحياة والحرية والملكية والسعي إلى السعادة[١]، وكذلك تضمنت هذه الحقوق "لايجوز تجريد المواطنين من ملكيتهم الا بإرادتهم الحرة أو بقرار من ممثليهم في المجلس للمصلحة العامة"[٢].

وهذه الإعلانات الأميركية تتميز بجانبها الواقعي، فهي تعبير عن الواقع الأميركي ولا تسعى إلى التعبير عن فكرة فلسفة عالمية، وتعد إعلانات الحقوق الأميركية أول إعلان للحقوق الذي ذكرته وثيقة الاستقلال التي وضعها توماس جيفرسون وتضمنها دستور (Massachusetts) الصادر في١٥ حزيران سنة١٧٨٠، والذي أكد فيه على الحقوق الطبيعية الأساسية التي يجب أن تكون بمنأى عن عبث الحكام، ومن ذلك يبدو أن الإعلان الأميركي يقترب كثيراً من الإعلان الفرنسي بتأكيده على الحقوق الطبيعية، حيث يعلن الإعلان الفرنسي في المادة الثانية منه على أن: "الغاية من كل مجتمع إنساني صيانة الحقوق الطبيعية للأنسان تلك الحقوق التي لا تزول مهما تقادم عليها الزمن ... وهي الحرية والملكية وطمأنينة النفس ومقأومة الطغيان"[٣].

ومن ذلك نلاحظ أن النص على الملكية في مقدمة وثيقة تاريخية كبرى وعدها حقاً أصيلاً لا يجوز التنازل عنه، وكذلك عد إعلانات الحقوق الأميركية أول إعلان للحقوق الذي ذكرته وثيقة الاستقلال، يؤكد لنا أهمية هذا الحق وضرورة توفير ضمانات له، وأية ضمانة

(١) محمد يوسف، مرجع سابق، ص ٣٢. راجع ايضاً كريم يوسف أحمد كشاكش، مرجع سابق، ص٣٥٠.

(٢) رامز محمد عمار ونعمت عبد الله مكي، حقوق الانسان والحريات العامة، الطبعة الاولى، بدون ناشر، ٢٠١٠، ص٧٩.

(٣) إسماعيل ميرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، النظرية العامة في الدساتير، الجزء١، الطبعة١، شركة الطبع والنشر الأهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد، ١٩٦٠، ص١٤٨.

أسمى من ذكره في إعلانات الحقوق التي يعدها البعض مسأوية في قيمتها القانونية للدستور والبعض الآخر يراها أعلى من الدستور ذاته[١].

أما الاتفاقية الأميركية لحقوق الأنسان التي وقعت في سان خوسيه في ٢٢ نوفمبر ١٩٦٩، فقد وضحت في مقدمة الاتفاقية أن حقوق الأنسان الأساسية تثبت له بمجرد كونه إنساناً، وليس على أساس كونه مواطناً في دولة معينة، وهي تؤكد بأنه من الضروري تنظيم حماية دولية لحقوق الأنسان تكمل ما يوفره القانون الداخلي من حماية لتلك الحقوق[٢].

فقد نظمت هذه الاتفاقية حق الملكية بشكل أكثر تفصيلاً مما ورد في إعلانات حقوق الأنسان، فنصت المادة (٢١) منها على أن: "١- لكل إنسان الحق في إستعمال ملكه والتمتع به، ويمكن للقانون أن يخضع ذلك الإستعمال والتمتع لمصلحة الجميع ٢- لا يجوز تجريد أحد من ملكه إلا بعد دفع تعويض عادل لها ولأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو المصلحة الإجتماعية وفي الحالات التي يحددها القانون"[٣].

نلاحظ أن الاتفاقية وفرت ضمانة ذات أهمية كبرى لحق الملكية، وهي أعطت حصانة أكثر دقة وتنظيماً لهذا الحق، إلا أنها مع ذلك بينت العلاقة بين الحقوق والواجبات فهي تقول أن لكل شخص عليه مسؤوليات تجاه العائلة والمجتمع والأنسانية، وقيدت حقوق كل شخص بحقوق الآخرين، والمقتضيات العادلة للمصلحة العامة في مجتمع ديمقراطي (المادة ٣٢) [٤].

ثانياً: حق الملكية في الإعلانات الفرنسية لحقوق الأنسان لعام (١٧٨٩)

إن إعلان حقوق الأنسان والمواطن في فرنسا الذي أصدرته الجمعية التأسيسية الفرنسية في أعقاب نجاح الثورة الفرنسية ٦ أغسطس (١٧٨٩) يعد وثيقة دستورية ذات أهمية

---

(١) ميلود المهذبي وإبراهيم أبو خزام، الوجيز في القانون الدستوري، دراسة تحليلية في النظرية العامة لفلسفة القانون الدستوري، الكتاب الأول، الطبعة٢، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الجماهيرية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، ١٩٩٦، ص٣٦١ وما بعدها.

(٢) عزت السيد برعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، القاهرة، ١٩٨٥، ص٥١٤. راجع كذلك حسين جميل، حقوق الإنسان في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية١، الطبعة٢، بيروت، ٢٠٠١، ص١٥٧.

(٣) أمير موسى، حقوق الإنسان مدخل إلى وعي حقوقي، الطبعة١، بيروت، ١٩٩٤، ص١٤٧. راجع كذلك محمود شريف بسيوني ومحمد سعيد الدقاق وعبد العظيم وزير، المجلد الأول، الوثائق العالمية والإقليمية، الطبعة١، بيروت، ١٩٨٨، ص٣٥٠.

(٤) محمد يوسف علوان، مرجع سابق، ص١٥٣.

كبرى، لأنه أخذ الصفة العالمية فهو لم يطرح للفرنسيين حسب، وإنما يعترف بوجود حقوق أساسية لجميع البشر في كل زمان ومكان، وإن إعلانات حقوق الأنسان والمواطن في فرنسا هي عبارة عن مجموعة مكونة من عناصر عدة مقتبسة من الواقع الإجتماعي والسياسي الفرنسي وعن فلسفة المذهب الفردي في القرن الثامن عشر، وقد فلح رجال الثورة الفرنسية وفقهاؤها في صياغة النصوص الضامنة للحريات العامة صياغة فنية واضحة، فإذا كان لأميركا فضل المبادرة والسبق، فلفرنسا –ولاشك– فضل حسن الصياغة والسبك[١].

وإن نص الإعلان يتكون من (١٧) مادة فقط، وقد أعتبر أن من جملة الحقوق التي تعد المحافظة عليها غاية لكل مجتمع سياسي وهو حق الملكية، حيث تبلورت نظرية الملكية في المادة (١٧) من إعلان حقوق الأنسان والمواطن والذي عدته حقاً مصوناً مقدساً بقولها: "إذ أنها تؤلف حقاً مقدساً لا يمكن انتهاكه فلا يجوز انتزاع الملكية من أحد، إلا إذا قضت به صراحةً الضرورة العامة، وذلك بعد التحقق من وجودها بصورة مشروعة، بشرط أن يتقدم هذا الأنتزاع تعويض عادل ومسبق"[٢].

فالملكية في نظر رجال الثورة الفرنسية حق ذاتي لا يختلف عن سائر الحقوق الفردية التي رفعتها في المادة (٢) من إعلان حقوق الأنسان والمواطن، إلى مرتبة الحقوق الطبيعية والحريات العامة، ومن هنا برزت صلة التلازم والتكامل بين الملكية والحرية، ولكن الإعلان عن طريق تحديد دور القانون في مجال حقوق الأنسان والمواطن، قد أناط بالمشرع مهمة تنظيم هذه الحرية التي من شأنها أن تمكن الجميع من ممارسة الحقوق ذاتها (المادة ٤) [٣].

كما أن المادة (١٦) تقرر مبدأ الفصل بين السلطات وذلك حفاظاً على الحرية، وهي فكرة مقتبسة من فسلفة مونتسيكيو، فهذا له دور مهم في ضمان حق الملكية[٤].

---

(١) محمد يوسف علوان، مرجع سابق، ص ٣٤– ٣٥.

(٢)أدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الاول، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤، ص٢٧٤. راجع كذلك محمد عزيز، النظام السياسي في العراق، بغداد، ١٩٥٤، ص١٧٠.

(٣) نصت المادة (٤) على (تقتصر الحرية على قدرة المرء على القيام بكل ما لا يلحق ضرراً بالآخرين وهكذا فإن لا حدود لممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان إلا تلك التي تؤمن للأعضاء الآخرين في المجتمع التمتع بهذه الحقوق نفسها وهذه الحدود لا يمكن تحديدها إلا بالقانون). راجع عدنان الخطيب، الإنسان وحقوقه في القانون الدولي، مركز زايد للتنظيم والمتابعة، أبو ظبي، ٢٠٠٠، ص٤٥.

(٤) غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة٢، عمان، ١٩٩٧، ص٣١.

وإن إعلان ١٧٨٩ وضع برمته في صدر دستور٣ سبتمبر ١٧٩١ الفرنسي وحين تم إعلان الجمهورية الفرنسية سنة ١٧٩٢ ارتئا أن يكون هناك إعلان حقوق جديد تمت الموافقة عليه في فبراير ١٧٩٣، وفي يوليو ١٧٩٣ تم إقرار إعلان آخر للحقوق وضع في مقدمة دستور ١٧٩٣. وفي عام ١٧٩٥ وضع دستور آخر سبقه كذلك إعلان حقوق جديد شبيه بإعلان ١٧٨٩[١].

ويتبين لنا مما تقدم أنه لا توجد فروق جوهرية بين هذه الإعلانات ذلك لأن ست سنوات فقط تفصل ما بين إعلان ١٧٨٩ وخاتمة الإعلانات الثلاثة الجديدة.

إلا أن الطابع البرجوازي في الإعلان الجديد ١٧٩٣ أقوى منه في إعلان ١٧٨٩. فقد ورد النص على حق الملكية في الإعلانين غير أن الإعلان الجديد يعرف الحق في الملكية بشكل أدق مما كان عليه الأمر في إعلان ١٧٨٩. فالمادة (١٦) منه تنص على أن: "حق الملكية هو حق كل مواطن في أن ينتفع ويتصرف كيفما يشاء في أمواله ودخله وثمار عمله وثمار صناعته"[٢]. وتنص المادة (١٩) منه على أن: "لا يجوز حرمان أحد بدون رضائه، من أقل قدر من ملكه، إلا أن تقتضي ذلك ضرورة عامة يقرها القانون وبشرط تعويض مسبق وعادل"[٣].

وبذلك فإن مما لا شك فيه أن إعلان حقوق الأنسان والمواطن يعد ضمانة كبرى للحقوق والحريات، فهو يحدد للقاضي ضوابطه وواجباته ويعطي للشيء أسس حريته ورفاهيته، فكان له الدور الهام في تقييد سلطات الدولة. وهو بذلك يعد ضمانة مهمة لحق الملكية. وهذا لم يقتصر على فرنسا حسب، وإنما استلهمه كل من دستور بلجيكا لعام (١٨٣١)، والدستور السويسري لعام (١٨٤٨)، واعتنقته مصر سنة (١٩٣٠) أيضاً[٤].

---

(١) محمد يوسف علوان، مرجع سابق، ص٤٢، (ومن الجدير بالذكر أن الحرب حالة دون وضع دستور ١٧٩٣ موضع التنفيذ).

(٢) رامز محمد عمار ونعمت عبد الله مكي، مرجع سابق، ص٨٨.

(٣) كريم يوسف أحمد كشاكش، مرجع سابق، ص ٣٦٣.

(٤) كريم يوسف أحمد كشاكش، مرجع سابق، ص ٣٦٣.

ثالثاً: حق الملكية في الإعلان العالمي لحقوق الأنسان ١٩٤٨.

اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الأنسان ونشر على الملأ بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٠ كانون الأول ١٩٤٨، ويعد الخطوة الأولى في طريق التنظيم الفعال لحماية حقوق الأنسان على الصعيد الدولي وعلى الرغم من عدم إلزامه الدول قانوناً إلا أنه كان بمثابة توصية أو مثل أعلى ترمي إليه الشعوب والأمم كافة ويتمتع بقوة إلزام ذاتية(١).

وإن هذا الإعلان سار على النهج الفرنسي، وذلك بوضع المبدأ العام للحق دون توضيح مضمونه بقدر من التفصيل، إلا أنه أحياناً أخذ بالاتجاه الأنجلوسكسوني الذي لا يكتفي بذكر الحق وإنما يحدد مضمونه بقدر من التفصيل، وعلى الرغم من ذلك فأن عالمية النص قد فرضت الحلول الوسطية أحياناً، إذ حأول من ذلك القائمون على وضع هذا الإعلان التوفيق بين المفهوم الليبرالي الغربي في الحريات وبين المفهوم الماركسي(٢). حيث تحأول المادة (١٧) المتعلقة بحق الملكية التوفيق بين المذهب الليبرالي الغربي الذي يقدس الملكية الخاصة غير المحددة والمذهب الماركسي الذي يأخذ بمفهوم الملكية الجماعية، فنصت المادة (١٧) منه على أن: "١- لكل فرد حق في التملك، بمفرده أو الاشتراك مع غيره"(٣).

اذاً حأول هذا الإعلان توفير ضمانة لحق الملكية وذلك بالنص في المادة (١٧) التي تقول: "٢- لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً" فمنعت نزع الملكية بشكل تعسفي وهكذا نلاحظ أن حق الملكية شأنه شأن حقوق الأنسان الأخرى قد تم تضمينها في الإعلان العالمي لحقوق الأنسان للتأكيد على أهميته وضرورة تنظيمه.

رابعاً: حق الملكية في الميثاق الأوروبي لحقوق الأنسان لعام (١٩٥٣)

انطلق الأهتمام الإقليمي بحقوق الأنسان أول ما أنطلق في نطاق القارة الأوروبية، فالتجربة الأوربية في مجال حقوق الأنسان تعد تجربة رائدة، وهي تفوق كثيراً سواء أكان في ضماناتها أم في تحديدها أم في مستقبلها للممارسات الدولية جميعاً، ووجدت تجسيدها في إطار

(١) كريم يوسف أحمد كشاكش، مرجع سابق، ص٣٦٩ . راجع كذلك محمود شريف بسيوني ومحمد سعيد الدقاق وعبد العظيم وزير، حقوق الإنسان، المجلد الثاني، دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية، الطبعة٢، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٩٨، ص٧٥ و٧٨.

(٢) رامز محمد عمار ونعمت عبد الله مكي، مرجع سابق، ص١١٣.

(٣) محمد يوسف علوان، حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، الكويت، ١٩٨٩، ص١٢٣.

الميثاق الأوروبي لحقوق الأنسان والذي دخل طور التنفيذ في ٣ أيلول ١٩٥٣ وإن أهمية البحث في الميثاق الأوروبي في الواقع تتجسد في الأصل ليس فيما ورد في مضمونه حسب، وإنما في الجهد الذي بذله في تحقيق رقابة فعالة لأحترام هذه الحقوق، وتوفير مستوى من الحماية التي تنبغي على الدول ضمانة(١).

فقد عمل الميثاق على إتخاذ التدابير الكفيلة بأعمال الحقوق المبينة في الإعلان العالمي لحقوق الأنسان، إلا أن ما يميز هذا الميثاق أنه يتمتع بقوة قانونية ملزمة للدول الأطراف الموقعة عليه، فهذه القوة القانونية تعطي ضمانة أكبر للحريات العامة(٢).

وقد تم إكمال الميثاق الأوروبي بالعديد من البروتوكولات التي توسع قائمة الحقوق المعترف بها، فالمادة الأولى من البروتوكول الأول الموقع في ٣ مارس ١٩٥٢ تذهب إلى الاعتراف بحق الملكية، وتعطي له حماية وحصانة أبعد مما تذهب إليه المادة (١٧) من الإعلان العالمي لحقوق الأنسان(٣).

خامساً: حق الملكية في الميثاق الأفريقي لحقوق الأنسان والشعوب لعام (١٩٦٣)

إن من أشد التجارب مرارة هي تجربة الأنسان الأفريقي مع حقوقه وحرياته، وليست من الناحية القانونية حسب، وإنما من النواحي الأقتصادية والإجتماعية والنفسية أيضاً. حيث أن أحترام حقوق الأنسان في هذه الشعوب المستعمرة يتوقف بصورة كاملة على مدى قوة هذا الأنسان وصلابته، وانتزاعه لحقوقه انتزاعاً بثمن باهظ في معظم الأحوال(٤).

كل ذلك دفع إلى حصول هذه الدول على استقلالها وميلاد تنظيم دولي أفريقي الذي تم التوقيع عليه بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٦٣، وتضمن ميثاق منظمة الوحدة الأفريقية التزام الدول الأفريقية بالمبادئ التي تضمنها ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الأنسان إلا أنه

---

(١) محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الإنسان، جروس برس، لبنان، ١٩٨٦، ص ١٠٥.

(٢) محمد يوسف علوان، مرجع سابق، ص١٤٣.

(٣) عبد العزيز محمد سرحان، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص٥٢. راجع كذلك علي الدين هلال وآخرون، الديمقراطية وحقوق الإنسان في الوطن العربي، سلسلة كتب المستقبل العربي٤، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة٣، بيروت، ١٩٨٦، ص٢٣١.

(٤) محمد يوسف علوان، مرجع سابق، ص ١٥٦.

جاء مخالفاً لكل التوقعات ومخيباً لأمال الأنسان والشعوب، إذ لم تتجأوز حدود الإشارة إلى حقوق الأنسان كمسألة شكلية محضة، ومن هنا دعت الحاجة إلى ميلاد الميثاق الأفريقي لحقوق الأنسان والشعوب وقد تم فعلاً في يونيو عام ١٩٨١، ولم يقتصر الميثاق على الحقوق المدنية والسياسية فحسب، وإنما اشتمل على الحقوق الأقتصادية والإجتماعية والثقافية للأنسان والشعوب أيضاً، وأكد بأنه لا يمكن فصلها سواء أكان في مفهومها أم عالميتها، وإن التمتع بالحقوق الأولى قائم على أساس الوفاء بالحقوق الثانية(١).

فمن إحدى المميزات الأساسية التي تعكس الحياة الأفريقية الحالية هي التركيز على الحقوق الأقتصادية والإجتماعية والثقافية، ومن الحقوق الأقتصادية التي اهتم بها الميثاق، حق الملكية فقد نص في المادة (١٤) منه على أن: "حق الملكية مكفول ولا يجوز المساس به إلا لضرورة أو مصلحة عامة طبقاً لأحكام القوانين الصادرة في هذا الصدد". إن الصياغة التي أتت بها المادة (١٤) تعكس النظرة الأفريقية للملكية فهي تعترف بحق الملكية لكن يمكن إذا اقتضى الصالح العام أو مصلحة المجتمع ووفقاً للقوانين المعمول بها أن يتم تأمينها دون النص على الحق في دفع تعويض عن هذا الإجراء الإداري، على عكس الاتفاقية الأميركية لحقوق الأنسان التي تعترف بحق الفرد في ملكيته وأنه متى تم تأميمها فله الحق في تعويض عادل(٢).

سادساً: حق الملكية في الميثاق العربي لحقوق الأنسان ١٩٩٠

إن الجهد العربي المبذول لإيجاد ضمان لحقوق الأنسان العربي تجسد في معاهدة أو أتفاقية ملزمة توفر الأسس القانونية لهذه الحقوق في النطاق الإقليمي، حيث أصدرت اللجنة الدائمة لحقوق الأنسان التابعة لجامعة الدول العربية الميثاق العربي لحقوق الأنسان سنة (١٩٩٠) (٣).

ومن الحقوق والحريات التي تضمنها مشروع الميثاق حرية التملك، فقد نصت المادة (٢٥) من الميثاق على أن: "حق الملكية الخاصة مكفول لكل مواطن، ويحظر في جميع

---

(١) محمد يوسف علوان، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٢) العربي شحط عبد القادر، مجلة دراسات قانونية، العدد الثالث، بغداد، السنة الثانية، ٢٠٠٠، ص١١.

(٣) محمود عبد الله الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن، ١٩٩٤، ص٣٧٩.

الأحوال تجريد المواطن من أمواله كلها أو بعضها بصورة تعسفية أو غير قانونية". فهذا النص يعد ضمانة لحرية التملك ودليلاً على أهميته في الوطن العربي.

سابعاً: حق الملكية في وثيقة حقوق الأنسان في الإسلام ١٩٩٠

إن الحقوق والحريات العامة في الإسلام هي جزء من دين المسلمين لا يمُلك، إذ ليس لأحد الحق في خرقها أو تعطيلها كلياً أو جزئياً لأنها أحكام إلهية محضة، وإن إسناد حقوق الأنسان في المفهوم الإسلامي إلى خالق الأنسان، وجعلها واجبات مقدسة قد أعطاها مميزات مهمة إذ جعل لها قدسية تتعالى عن سيطرة ملّك أو حاكم يتلاعب بها كيف ما يشاء وأعطاها قوة إلزام ذاتية يتحمل ضمانها كل فرد(١).

وإن ما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء، من المحافظة على الدين والنفس والعقل والعرض والمال والنسل، فمزجت بين الروح والمادة وقرنت بين المثالية والواقعية، ووازنت بين الحقوق والواجبات، ووفقت بين حرمة الفرد ومصلحة الجماعة. وهي تعد مبادئ أساسية لحصانة الحقوق والحريات العامة، ومنها – دون ريب– حق الملكية. فقد نصت المادة (١٦) من وثيقة حقوق الأنسان في الإسلام على أن: "أ– لكل إنسان الحق في التملك بالطرق الشرعية سواء وحده أو بالاشتراك مع غيره، كما أن له التمتع بحقوق الملكية بما لا يضر به أو بغيره من الأفراد أو المجتمع، ولا يجوز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض فوري عادل. ب– تُحرم مصادرة الأموال في كل الأحوال إلا بمقتضى شرعي"(٢).

نلاحظ أن وثيقة حقوق الأنسان في الإسلام جاءت بصياغة فنية دقيقة اعترفت فيها بحق الملكية، وهي توفق بين المذهبين الفردي والاشتراكي بقولها في المادة ١٦ "وحده أو بالاشتراك مع غيره". وكما بينت واجبات الفرد تجاه المجتمع، إذ أعطت الحق بنزع الملكية للمنفعة العامة على أن يكون مقابل تعويض، فهي تعكس مدى أهمية التلازم بين الحقوق الفردية والمصلحة العامة، إذ أن كل حق للفرد يتضمن حق للجماعة. وذهبت وثيقة حقوق الأنسان إلى أبعد من ذلك إذ أكدت ضرورة توفير الحصانة اللازمة للملكية من خلال نص

(١) برهان غليون وآخرون، حقوق الإنسان العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة١، بيروت، ١٩٩٩، ص ٩٦.

(٢) عدنان الخطيب، مرجع سابق، ص٤٠.

المادة (١٩) التي تقول: "أ- لكل إنسان الحق في أن يعيش آمناً على نفسه وأهله وعرضه وماله"[(١)].

يتبين لنا مما سبق فانه بالرغم ان المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير أنها وإنْ أكدت على أحترام حرية التملك للأفراد ووجوب المحافظة عليها، ووضع الضمانات الكفيلة لردع من تسول له نفسه الاعتداء عليها، وأنها كانت منطقية وواقعية في تعامله مع هذه الحرية وذلك بإتاحتها الفرصة للقانون الداخلي على تنظيم حق الملكية. سواء أكان القانون الداخلي مجسداً في نصوص دستورية أم في نصوص قوانين عادية.

الا ان التطور الإجتماعي والأقتصادي والسياسي الذي حصل، سمح للقانون التدخل في تقييد حق الملكية الخاصة وغير من مفهوم الاطلاق في تملكها اذ اصبح من الممكن نزع هذا الحق ولكن مقابل تعويض عادل، فمعظم الدساتير والأنظمة والمواثيق الدولية صرفت النظر عن عدم المساس بها وانما جعلتها لخدمة المجتمع، فالدولة فقط أو الشخص العام يستطيع ان ينزع هذا الحق لكن لتحقيق مصلحة عامة وليس خاصة. وبالرغم من كافة انواع الحمايات التي ذكرت سابقاً فان الملكية غالباً ماتتعرض الى اعتداءات من قبل الإدارة، لذلك وجب علينا تسليط الضوء ومعرفة التعدي وشروطه وماهي صور هذه التعديات؟ هذا ما سوف نتعرف عليه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني

ماهــية التعدي وصوره

كما ذكرنا في المبحث الأول من هذا الفصل ان حق الملكية الخاصة من الحقوق التي يحميها الدستور والقانون، ولايجوز للإدارة ان تتعرض لها أو تنزعها من يد صاحبها، الا اذا كان الغرض من ذلك تحقيق منفعة عامة ومقابل تعويض عادل وبموجب نص قانوني، ولكن في بعض المناسبات تقوم الإدارة بالاستملاك اما الدائم أو المؤقت بطرق مخالفة للقانون ففي هذه الحالة يعتبر عمل الإدارة تعدياً على هذه الاملاك. لذلك سوف نخصص مبحثنا هذا لمعرفة ماهو التعدي وماهي شروطه وما هي صوره، وذلك في مطلبين، في المطلب الأول سنتعرف فيه على

(١) عدنان الخطيب، مرجع سابق، ص٤١.

معنى التعدي وشروطه، اما المطلب الثاني فسنتعرف فيه على صور التعدي على الملكية الخاصة وكالاتي:

المطلب الأول: تحديد معنى التعدي

يعتبر التعدي من ادق النظريات القانونية التي لعب الاجتهاد والفقه الفرنسي دوراً بارزاً في بلورة معالمها، وقد أولى لها الفقهاء اهتماماً بالغاً خصوصاً بعد إحداث المحاكم الإدارية، على اعتبار أنها من الوسائل التي تحمي حقوق وحريات الأفراد، وعليه فلا بد من التعرف على هذه النظرية بشئ من التفصيل، لذلك سنبحث في هذا المطلب تعريف التعدي وكذلك سوف نتعرف على اهم شروطه الشكلية والموضوعية وكالأتي:

الفرع الأول: تعريف التعدي والشروط الشكلية له

أولاً: تعريف التعدي

للتعدي تعاريف عديدة قد تكون مختلفة في صياغتها ولكنها تعطي معنى متقارب نذكر بعضاً منها، فقد عُرف التعدي بأنه "التصرف الصادر من جهة الإدارة والذي ينال بشدة من حق الملكية أو من إحدى الحريات الأساسية من دون وجه حق، الأمر الذي يجرده من طابعه الإداري جاعلاً منه تصرفاً خالياً من أي تدبير قانوني يخضع لرقابة القاضي العدلي الحصرية"[١]. وكذلك عرُف التعدي بأنه "اتخاذ الإدارة إجراءً أو تصرفاً مادياً مشوباً بمخالفات جسيمة تفقده كل قيمة قانونية. والتعدي يمكن أن يقع سواء على الملكية العقارية أو على الملكية المنقولة أو على الحرية الفردية"[٢].

(١) فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، القسم الاول، مراقبة العمل الإداري، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٢، ص٥٧٤.

(٢) محي الدين القيسي، مبادئ القانون الاداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٣٦.

كما عُرف التعدي بأنه "تصرف يصدر من جهة الإدارة ويكون مقطوع الصلة بالقانون، اي لايستند الى اساس قانوني لا من قريب ولا من بعيد بحيث لايمكن اعتباره- بحال من الاحوال- عملاً ادارياً فيما يختص به القضاء الإداري"(١).

ومن التعريفات الاخرى للتعدي "يقع التعدي من جانب الإدارة عندما تخرج عن نطاق السلطة المقررة لها فتقوم بعمل مادي ينطوي على عيب جسيم ناتج عن مخالفة خطيرة لاحكام القانون والأنظمة والمبادئ العامة للقانون تجعله خارجاً عن نطاق ممارسة الوضيفة الإدارية ويشكل مساساً بحقوق اساسية للافراد تتعلق بملكيتهم وحريتهم العامة كما حددها القانون"(٢).

اما وفقاً للإجتهاد الفرنسي فقد عُرف مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية، التعدي. بأنه العمل الذي لا يمكن إسناده بجلاء إلى أية سلطة من سلطات الإدارة الممنوحة لها لمباشرة نشاطها. وعرّفت محكمة حل الخلافات الفرنسية التعدي بأنه عمل يظهر بجلاء أنه لا يمكن إسناده على نحو جلي وظاهر إلى أي نص تشريعي أو تنظيمي. وفي اجتهاد آخر اعتبرت هذه المحكمة أن التنفيذ الجبري غير الشرعي لأحد القرارات الشرعية، في غير الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، يشكل تعدياً شرط أن ينزل ضرراً بالملكية الخاصة أو ينال من حرية أساسية(٣).

وفي العراق جاءت بعض الاجتهادات وعرفت التعدي "وضع الإدارة يدها على عقارات الافراد، دون اتباع المعاملات التي يفرضها قانون الاستملاك، تعتبر تعدياً على الملكية الخاصة وتطبق احكام الغصب عليه... "(٤).

وفي اجتهاد اخر جاء "إن حرمان المالك ومن في حكمه من الاستئثار بماله، أو إستغلاله، أو إستعماله ومباشرة سائر حقوقه عليه هو الضرر الموجب للتعويض عن الغصب من هذا الحرمان"(١).

---

(١) ابراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الاداري اللبناني، الجزء الاول، الدار الجامعية، ١٩٩٦، ص٣١٧.

(٢) ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على اعمال الادارة، بيروت، بدون تاريخ، ص٤٠٨.

(٣) نزيه نسيب ياسين، نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة اعدت لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، الجامعة اللبنانية، المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والادارية والاقتصادية، ٢٠١٢، ص١٣.

(٤) قرار محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية، رقم ٢١٤/٢١٢، بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٣، قرار غير منشور.

اما في لبنان فقد عرف مجلس شورى الدولة اللبناني التعدي بأنه "كل عمل مادي تقوم به الإدارة بمعزل عن تطبيق كل نص قانوني أو نظامي أو تعاقدي أو ممارسة سلطة ممنوحة لها، ويؤلف مساساً خطيراً بالملكية الفردية، وهو يتمثل في قيام الإدارة بوضع اليد على الملكية الفردية دون اتباع أصول نزعها ودون دفع التعويض المتوجب بحيث يأتي عملها صارخاً بعدم مشروعيته... ويكون هناك تعدٍ من قبل الإدارة عندما تقوم بأعمال مادية تؤلف مساساً خطيراً بالحرية الشخصية وتفتقر في آن واحد إلى رابطة قانونية أو نظامية تشدها إليها"(٢).

نستشف مما سبق ان للتعدي تعاريف متعددة، ومن خلال ذلك يتضح لنا ان تعريف التعدي الذي نؤيده هو: ارتكاب الإدارة مخالفة جسيمة للقانون، ينتج عن هذة المخالفة مساس في الحقوق الأساسية للافراد تتعلق بحقوقهم الخاصة وحرياتهم العامة.
ولكي يتحقق التعدي على الملكية الخاصة يجب توافر شروطه، وهذا ماسوف نبحثه فيما ياتي:

ثانياً: الشروط الشكلية للتعدي

يتضح لنا اننا لكي نكون امام حالة من حالات التعدي يجب ان تتوافر شروط حدوث التعدي وهذه الشروط هي: ان تقوم الإدارة بعمل مادي، انطواء عمل الإدارة على عيب جسيم ومساس الاجراء الصادر عن الإدارة بالحريات العامة للافراد والملكية الفردية

١- قيام الإدارة بعمل تنفيذي مادي

لكي نكون امام عمل من أعمال التعدي يجب ان تكون الإدارة قد قامت بإجراءات تنفيذية تهدف الى المساس بالملكية العقارية، لأن أعمال الإدارة القانونية لايمكن ان تشكل فعل

(١) قرار محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية، رقم ٢٠٤/١١١، بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢، قرار غير منشور.
(٢) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٢٠٠٥/٥٧٤-٢٠٠٦، بتاريخ ٢٠٠٦/٧/١٢، مجلة العدل ٢٠٠٦، ص ١٤٧٣.

تعدي بمعزل عن تنفيذها اياً كانت درجة مخالفة القانون، اذ يجب على الإدارة لإعتبار عملها تعدٍ، ان تنتقل من مرحلة اصدار القرار الى مرحلة القيام بتنفيذه فعلاً أو على الاقل محأولة التنفيذ، ففي حالة اصدار القرار فقط، يبقى بإمكان المتضرر صاحب المصلحة، الطعن بهذا القرار لإبطاله لتجأوز حد السلطة. أما إذا اقترن قرار المصادرة بالتنفيذ المادي، أي جرى المساس بالملكية الخاصة، فيتحقق التعدي[١].

وهذا ماأكده الاجتهاد الفرنسي في قراره: "إن التعدي كان دائماً ناتجاً عن عملية إدارية، ولم يكن قط نتيجة قرار إداري بحت مستقل عن أي تنفيذ مادي، فطالما أن القرار الإداري قد بقي في نطاق النية ولم يخرج إلى نطاق التهديد بالتنفيذ، فإنه لا يكون محلاً لتطبيق نظرية التعدي..."[٢].

وجدير بالذكر، فأنه يجب تنفيذ هذا الاجراء من قبل الإدارة نفسها أو من يمثلها من أشخاص القانون الخاص، اي انه لو صدر قرار من الإدارة وكان غير مشروع وتنأول ملكية منقولة أو غير منقولة أو حرية أساسية، وجرى التنفيذ من قبل أفراد عاديين لا صلة لهم بالإدارة، فلا نكون أمام حالة تعدياً مادياً. فصدور قرار غير مشروع عن عمدة إحدى المناطق بفرنسا بمصادرة مواد غذائية من أحد المتاجر وإقدام سكان تلك المنطقة على الإستيلاء على تلك المواد، لا يشكل وفقاً لمحكمة النقض اعتداء مادياً[٣].

اما في لبنان فقد اعتبر مجلس شورى الدولة اللبناني أن "فعل التعدي... يتجسد بتصرف مادي تقدم عليه الإدارة غير مستند إلى تدبير إداري يجيزه، كأن تدخل ملكية خاصة في نطاق الملك العام دون أن يكون ذلك لاحقاً لمرسوم بإعلان المنفعة العامة"[٤].

إننا نذهب بدورنا الى تأييد أن يكون الاعتداء عمل مادي، فالقرار الإداري الصادر بنزع ملكية يلزم لتنفيذه وضع اليد على المال المنزوع ملكيته ليصبح تعدياً، ويظل القرار إذا

---

(١) محفوظ سكينة، محاضرات في القانون الاداري العام للسنة الثانية /حقوق، ١٩٧٩-١٩٨٠، ص١٦٤.

(٢) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٧.

(٣) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٧.

(٤) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٢٣٤، بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٧، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٣، ص٤٣٠.

لم ينفذ قابلاً للطعن فيه بطريق تجأوز حد السلطة، أما التنفيذ فهو مرحلة لا بد منها لوقوع الاعتداء المادي وعلى أساس هذا التنفيذ تحدث اثار التعدي ومفاعيله.

٢- انطواء العمل التنفيذي المادي على عيب جسيم مخالف بصورة خطيرة وصارخة للقانون

تتحقق حالة التعدي عندما تقوم الإدارة بعمل مادي تنفيذي يشوبه عيب ظاهر بلغ درجة كبيرة من الجسامة ويكون العيب ضاهراً وخطراً، بحيث يبدو تصرف الإدارة فاقداً لكل طبيعة إدارية، أما العيب اليسير وإن كان واضحاً، فإنه لا يرقى إلى درجة الاعتداء. وان التعدي يتحقق أيضاً عندما تقوم الإدارة بأعمال مادية تنفيذية دون وجود اساس أو سند قانوني[١] سابق، كذلك يتحقق التعدي عند وجود سند قانوني ولكن الإدارة تقوم بعمل مادي مخالف لما هوه موجود في هذا السند أو يكون التنفيذ المادي معيباً.

وقد عبّر الاجتهاد الفرنسي بأن "اشغال احد المتعهدين لاحدى الملكيات الخاصة، غير المصادرة، وقبل اتمام كافة الاصول القانونية يعتبر تعدياً"[٢].

وفي قرار اخر جاء فيه ان "قيام الإدارة بهدم مدفن عائلي دون اي سند قانوني يشكل حالة تعدي"[٣].

اما في لبنان فقد جاء الاجتهاد اللبناني وقال أن "قرار بلدية شارون بشق طريق في ارض الجهة المستدعية لا يمكن إسناده إلى أي أحكام قانونية ويشكل بالتالي تعدياً على الملكية الفردية لأنتفاء المستند القانوني، أي مرسوم إعلان المنفعة العامة ومعاملة الاستملاك القانونية"[٤].

---

(١) القرار الذي لاسند قانوني له بمعنى انه: لايمكن اسناده بوجه ظاهر الى اي نص تشريعي او تنظيمي او الى اي سلطة من السلطات الممنوحة للإدارة لمباشرة نشاطها.

(٢) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص٣٠.

(٣) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص٢٦.

(٤) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم٥٥٨، بتاريخ ٢٠٠٣/٦/٢٣، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٧، ص١٠٨٠.

وفي حكم آخر، اعتبر مجلس شورى الدولة أن "المادتين ٤١ و٤٢ من قانون الإستملاك رقم ٩١/٥٨ أعطتا الإدارة في معرض تنفيذ أعمال ذات صفة عامة الحق بإشغال ارض بصورة مؤقتة لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات لقاء تعويض تقدره على أن يكون الإشغال مستنداً إلى ترخيص مسبق من الإدارة المختصة والذي حصل بناءاً لطلب الوزير المختص... إذا كان هناك إشغال حصل قبل تاريخ الترخيص المشار إليه، فإنه يعتبر نوعاً من الغصب والتعدي غير المستند إلى أي سند قانوني والذي يعتبر معه القضاء العدلي المرجع الصالح للنظر بما نجم عنه باعتباره المختص في كل ما يمس الملكية الفردية التي حماها الدستور"[١].

وجدير بنا ان نذكر كيف يكون القرار مخالف مخالفة جسيمة أو صارخة للقانون فأن ذلك يتحقق عندما يكون مخالف موضوعياً لمبدأ المشروعية، وتكون هذه المخالفة هي احد عيوب القرار الإداري وان القرار يعتبر باطلاً اذا لحقه عيب في اي من اركانه وهذه الاركان هي. ركن السبب، والسبب هو حالة واقعية أو قانونية وهي التي تدفع الإدارة لاتخاذ قرارها، ولايكون القرار صحيحاً الا اذا كان له سبب يقره القانون، اما ركن الشكل فان القرار يجب ان لايكون يفتقر إلى الأصول الجوهرية التي حددها المشرع من ناحية شكل القرار، كذلك من اركان القرار الإداري هو ركن الاختصاص وفيه يجب ان تكون السلطة الإدارية الذي اصدرت القرار الإداري مختصة بالقيام بذلك والا فأن القرار يخرج من عداد الأعمال القانونية ولاينتج اثاره، اما ركن المحل، فيجب ان يكون محل أو موضوع القرار جائزاً قانوناً وممكناً مادياً اي من الممكن تنفيذه فعلياً، واخيراً ركن الغاية أو الهدف من القرار أو مايسعى القرار الى تحقيقه [٢]. وسنأتي لاحقاً الى شرح هذه الاركان بصورة مفصلة في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم١٤، بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/٢٦، مجلة القضاء اللبناني، ٢٠٠٤، ص٣٢.

(٢) محي الدين القيسي، القانون الاداري العام، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص١٠٠-١٠٤.

٣- أن يمس عمل الإدارة بالملكية الفردية أو الحريات الأساسية للأفراد

لايمكن ان يعتبر عمل الإدارة تعدياً الا اذا ما مس بالملكية الفردية أو احدى الحريات العامة الأساسية للافراد، ففي الملكية الفردية قد يقع الاعتداء على الاملاك العقارية أو الاملاك المنقولة وهذا ماسوف نبحثه. وكذلك تتحقق حالة التعدي عندما يقع الاعتداء على حرية من الحريات العامة للافراد، كالأعتداء على حرية الرأي والحرية الشخصية والصحافة وغيرها من الحريات الاخرى، وهذا خارج نطاق بحثنا.

فقد جاءت محكمة التمييز الفرنسيه بقرارات عدة تبين التعدي على العقارات ومنها "لاتنقل ملكية العقار الا بطلب من مالكه أو باتباع الاصول القانونية للاستملاك"[١].

اما في العراق فقد نصت محكمة التميز العراقية في قرارها اذ جاء فيه "تجأوز الدولة على عقار الغير يعتبر تعدياً ويكون لمالك العقار حق المطالبة برفع التجأوز أو المطالبة بأجر المثل"[٢].

اما محكمة التمييز اللبنانية فأنها لم تختلف عن المحاكم الفرنسية والعراقية في اصدار قراراتها الخاصة بالتعدي فقد جاءت في حكم لها "ان الدولة عندما تستولي على عقار مملوك لاحد الافراد يجب عليها ان تسلك سبيل الاستملاك القانوني والا اعتبر عملها من أعمال التعدي"[٣].

هذا فيما يخص الاعتداء على الاموال غير المنقولة (العقارية).

ان الغاية في الاجتهاد سواء الفرنسي أو العراقي أو اللبناني هي تأمين اقصى حماية ممكنة للملكية الفردية من اعتداءات الإدارة، إلا أن القضاء يرفض في بعض الحالات وصف كل تعرض للملكية الفردية بأنه اعتداء عليها، فالفرد الذي لا يصيبه أي ضرر في ملكه من قبل الإدارة، لا يمكنه الإدعاء بأنه تعرض الى نوع من الاعتداء.

---

(١) هيام مروة، القانون الاداري الخاص، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٨٨.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم١٥٠١، بتاريخ ٢٠٠٨/٧/١٥، قرار غير منشور.

(٣) قرار محكمة التمييز اللبنانية(الغرفة الثالثة)، رقم٣٣، بتاريخ ١٩٨٣/١/٢٧، مجلة العدل، ١٩٨٤، ص٦٤.

اما فيما يخص الاموال المنقولة فأنها لاتختلف في احكامها عن احكام الاموال غير المنقولة، فقد تضمنت احكام القضاء تطبيقات عديدة لاشكال الإعتداء على تلك الملكية.

ففي فرنسا اعتبرت محكمة حل الخلافات الفرنسية في قرار لها ان "تحطيم جزء من الاثاث دون وجود حالة ضرورة يشكل اعتداءاً مادياً على الملكية المنقولة التي لا تقل بأهميتها عن الملكية غير المنقولة[١].

وفي لبنان، اعتبر مجلس شورى الدولة " إن القرارات المطعون فيها تطال ملكية خاصة تعود للمستدعية عبر منعها من إستعمال المركب الذي تملكه منذ العام ٢٠٠٤ مما يشكل تعدياً على حق الملكية"[٢].

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية للتعدي (مبدأ المشروعية)

يعتبر مبدأ المشروعية من المبادئ ذات الاهمية الكبيرة والضمانة الحقيقية للأفراد تجاه السلطة التنفيذية، لأن مبدأ المشروعية يعني سيادة القانون، فهو التزام السلطة قبل الأفراد بأحكام القانون، وفي ضوء هذه المبادئ يعد عنصراً من عناصر الدولة القانونية[٣].

اذ يرتبط هذا المبدأ بفكرة دولة القانون، وتتميز هذه الدولة بأن جميع سلطاتها العامة تقوم بواجباتها ضمن حكم القانون، مما يكفل حماية حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة. وكذلك تتميز دولة القانون بخضوعها الى التدرج التسلسلي للقواعد القانونية على شكل الهرم، فالأعمال القانونية والأعمال المادية الصادرة عن السلطة التنفيذية، يجب ألا تتعارض مع القوانين التي تسنها السلطة التشريعية والتي بدورها يجب أن تتوافق مع الدستور

(١) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص٥٦.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٢٠٠٧/١٠٧-٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٧/١/١١، مجلة العدل ٢٠٠٨، ص ١٠٩٣.

(٣) عباس العبودي، ضمانات العدالة في حضارة وادي الرافدين، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد ٢، ٢٠٠٠، ص٢٠.

ومقدمته باعتبارها جزءاً لا يتجزأ منه. وهذا ما يعرف بمبدأ سيادة القانون أو مبدأ المشروعية[١].

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم مبدأ المشروعية، فمنهم من أعطاه مفهوماً ضيقاً، وعرفوه بأنه: القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية فقط. في حين نجد أن الاتجاه الغالب قد أعطاه مفهوماً واسعاً بحيث يشمل كل القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني للدولة بمختلف مصادرها، أي سواء أكانت قواعد الدستور أم قواعد القانون، أم قواعد اللائحة طالما كانت نافذة[٢].

بدوره عرف الفقيه Hauriou مبدأ المشروعية بأنه خضوع جميع المصادر القانونية لهذا المبدأ الذي يقوم في أساسه على فكرة سيادة القانون على كافة المصادر الأخرى، خضوع الأفراد والهيئات الإجتماعية كافة لمجموع القواعد القانونية في هذا الإطار الشرعي[٣].

كما عرّف De Laubadere مبدأ المشروعية بأنه مجموعة القواعد الدستورية والقوانين والمعاهدات الدولية والأعراف والمبادئ القانونية العامة[٤].

وهناك أيضاً من ميز بين مبدأ المشروعية ومبدأ الشرعية معتبراً أن "مبدأ المشروعية يقصد به أحترام قواعد القانون بمفهومه العام، أي كل قاعدة مجردة أياً كان مصدرها سواء أكان هذا المصدر نصاً دستورياً أو تشريعياً تقرره السلطة التشريعية المختصة بذلك، أم قراراً إدارياً تنظيمياً وسواء أكان القرار الإداري التنظيمي صدر في شكل قرار جمهوري أو قرار وزاري ممن يملكه أو كان قد صدر فيما سبق بمرسوم أو بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار وزاري، فهي إذن مشروعية وضعية. أما مبدأ الشرعية فهو مجرد فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى

(١) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الاول، القسم الاول، النشاط الاداري، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٢، ص١١٤.

(٢) عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، الطبعة١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١ ، ص١٧.

(٣) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٠.

(٤) نزيه نسيب ياسين، المرجع نفسه، ص١٠.

الحق والعدالة وما يجب أن يكون عليه القانون أو الدستور، لذا فمفهوم الشرعية أوسع من نطاق المشروعية"(١).

بدوره أخذ الاجتهاد الفرنسي بمبدأ المشروعية، حيث أكد مجلس الدولة في أحد أحكامه على سمو الدستور على بقية القوانين وخضوع السلطات الإدارية العامة والقرارات الفردية التي تصدر عنها، للمبادئ الحقوقية العامة حتى في ظل غياب النصوص التشريعية(٢).

وعلى هذا يترتب على واضعي التشريع ملاحظة الحقوق والحريات (ولاسيما حق الملكية الخاصة منها) الذي نص عليه الدستور، وعدم انتهاكه فيما يضعونه من تشريعات. فضلاً عن ذلك فإن عليهم الحرص على مثل هذه الضمانة، وتأكيدها عن طريق التشريع العادي. أي أن خضوع السلطة التشريعية لمبدأ سيادة القانون يعني أن تلتزم في سنها للتشريعات العادية أحكام الدستور الذي يعلو على القوانين كافة، وإن القيود التي تفرض على الحقوق والحريات يجب أن تقرر بقانون يوافق عليه الاعضاء الذين يمثلون الأمة. فعند السماح للمشرع العادي بتنظيم حق الملكية الخاصة يجب أن لا يكون هدفه تقييد هذا الحق، وإنما يكون التقييد بدافع التنظيم إلى جانب توفير الحماية القانونية اللازمة له(٣).

وأن النص الدستوري المقرر لحق الملكية الخاصة والنص القانوني المستند إليه والمقرر للحكم نفسه، لن يجد له حماية وطريقاً للتطبيق (أي أن حق الملكية الخاصة لن يحترم) إذا لم يكن هناك أحترام للنص الذي يقرره، أي انه إذا لم يكن هناك سيادة للقانون. فهذا المبدأ إذن يعد الحصن المنيع الذي يحتضن الحقوق (ولاسيما حق الملكية الخاصة منها) داخل الدولة ويحميها من اعتداءات السلطات العامة بوساطة رقابة قضائية فعالة تمارس على كل من ينتهك القانون حاكماً كان أم محكوماً(٤).

إلا أنه وعلى الرغم مما سبق ذكره، فأن الإدارة في بعض المناسبات قد تاتي بأعمال غير مشروعة، أي مخالفة لمجموعة القواعد القانونية، وذلك اثناء مباشرة نشاطها. لكن هذا

---

(١) محي الدين القيسي، مبادئ القانون الاداري العام، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٢) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١١.

(٣) سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، الجزء٢، الطبعة٢، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٣٤١. راجع كذلك عبد الله إسماعيل البياتي، مساهمة في إعداد الدستور الدائم وقانون الانتخاب، بغداد، ١٩٦١، ص٥٧.

(٤) طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة الحديثة، ١٩٧٣، ص٥.

العمل غير المشروع يبقى محتفظاً بصفته الإدارية، فعدم المشروعية في هذه الحالة لا يفقد عمل الإدارة طبيعته الإدارية، ولذلك يكون للأفراد حق المطالبة بإبطال القرار غير المشروع وتعويضهم عما أصابهم من أضرار نتيجة تنفيذه.

أو ان تاتي الإدارة بأعمال وتصرفات خارج حدود ممارسة الوظيفة الإدارية، بأن تقُدم على القيام بعمل مادي، يشكل مساساً بحقوق أساسية للأفراد تتعلق بملكيتهم وحرياتهم العامة، التي حددها القانون، وتنطوي هذه الأعمال على عيب جسيم ناتج عن مخالفات خطيرة لأحكام القانون والأنظمة أو للمبادئ العامة للقانون، تجعله متجاوزاً كل حدود المشروعية.

ففي هذه الحالة، يفقد هذا العمل صفته وطبيعته الإدارية ويصبح مجرد عمل مادي مقطوع الصلة تماماً بمبدأ المشروعية، وتوصف هذه الأعمال التي ارتكبتها الإدارة بأنها أعمال تعدي. فقد يرد العمل المادي، الفاقد طبيعته الإدارية والمشكل للتعدي تنفيذاً لقرار إداري معيب، أو يرد معيباً بذاته ولو ارتكز إلى سند قانوني، أو يرد أيضاً دون الارتكاز إلى أي سند قانوني. ففي جميع هذه الحالات، يتحقق انعدام للمشروعية ظاهر وخطير، مقرون بانعدام السلطة لدى الإدارة في القيام بالعمل الذي اتته والذي يمس الملكية الفردية والحرية الشخصية.

وعليه لابد ان نعرف بأن مبدأ عدم المشروعية يعطي ضمانة حقيقية لحقوق الأفراد تجاه السلطة التنفيذية والإدارة. اي إنه يعتبر حاجز منيع ضد كل تعسف أو استبداد أو اعتداء على حقوق وحريات الأفراد في سبيل النيل منها من قبل الإدارة. لذلك يتضح لنا مما سبق أهمية هذا المبدأ ومدى تأثيره على التعدي اذ انه يلزم الإدارة بالإمتثال لحكم القانون فيما تتخذه من تصرفات وأعمال.

المطلب الثاني: صور التعدي على الملكية الخاصة

بعد تعريف التعدي وبيان شروطه، لابد لنا ان نتعرف على صور التعدي ونمييز بينها وبين التعدي وهذه الصور هي: الإستيلاء، المصادرة، الخطأ الشخصي، وسوف نتطرق لهذه الحالات تباعاً كالتالي.

الفرع الأول: التمييز بين التعدي والإستيلاء

ان الإستيلاء طريق ثاني تستطيع الإدارة بواسطته الحصول على العقارات، ولكن مفهوم الإستيلاء يتسع بالشكل الذي يمكّن الإدارة من الحصول على الأموال الخاصة المنقولة والخدمات فضلاً عن العقارات، فيعرف الإستيلاء بأنه "قيام السلطة الإدارية في حيازة العقارات المملوكة ملكية خاصة بصفة مؤقته تحقيقاً للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل"(١).

كما عرُف الإستيلاء بأنه: "اجراء اداري ويقصد به أن تستولي الإدارة على عقار مملوك لأحد الافراد لمدة مؤقتة، مقابل تعويض يدفع للمالك عن عدم انتفاعه بالعقار طوال مدة الإستيلاء"(٢).

كذلك عُرف الإستيلاء بأنه "وضع الإدارة يدها على عقار للافراد بصفة مؤقتة أو دائمة خلافاً لاحكام القانون، فالإستيلاء يشبه التعدي خصوصا اذا كان غير نظامي. بيد انه لاينبغي الخلط بينهما"(٣).

وفي فرنسا عرُف بعض الفقهاء الإستيلاء بأنه قيام الإدارة بنزع يد الفرد عن ملكيته غير المنقولة، وفقاً أو خلافاً لأحكام القانون وبشكل مؤقت أو نهائي(٤).

وفي لبنان فقد عرف الاجتهاد اللبناني الإستيلاء في قرار له بأنه "الأعمال التي تأتيها الإدارة، بوضع يدها على ممتلكات المواطنين الفردية من دون اتباع الاصول والاجراءات القانونية، ولكن تفرضها ظروف خاصة وعاجلة وضرورية للمحافظة على المصلحة العامة تحول دون قيامها بإتباع هذه الاصول"(٥).

كما هو واضح فأن الإستيلاء يتم بصورة مؤقتة وفي حالات خاصة، وقد حددت القوانين مدة الإستيلاء، ففي العراق حدد قانون الاستملاك العراقي في المادة ٢٦ منه بأنه "لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي في الحالات الاستثنائية الطارئة كالفيضان أو تفشي وباء ان

---

(١) ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٦٣٩.

(٢) سليمان الطماوي، مبادئ القانون الاداري، الكتاب الثالث، اموال الادارة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص٢٩٩.

(٣) فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٥٧٦.

(٤) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٣٦.

(٥) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٥٧٤، بتاريخ ٢٠٠٦/٧/١٢، مجلة القضاء الاداري، العدد الثاني والعشرين، المجلد الثاني، ٢٠١١، ص١٠٩٢.

تقرر الإستيلاء المؤقت على اي عقار مدة تحدد بقرار الإستيلاء على ان لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار"

اما في لبنان فقد حددت المدة القصوى للاشغال الموقت في المادة ٤٢ من قانون الاستملاك اللبناني "يسقط الترخيص بالاشغال المؤقت اذا انقضت ستة اشهر على صدوره ولم يباشر بتنفيذه ولا يجوز ان تزيد مدة الاشغال على الثلاث سنوات".

وجدير بالذكر بأنه يجب على الإدارة عند قيامها بالإستيلاء ان تقوم بالتعويض عن الاضرار التي سببتها بالعقار كما نص قانون الاستملاك العراقي في المادة ٢٧منه " أولاً: على الجهة التي استولت على العقار مؤقتاً، اعادته لصاحبه في نهاية المدة، بالحالة التي كان عليها عند الإستيلاء. ثانياً: اذا اصاب العقار ضرر بسبب الإستيلاء الموقت، فلصاحبه مطالبة الجهة المستولية بتعويض تقدره هيئة التقدير".

وكذلك في قانون الاستملاك اللبناني في المادة ٤٣ منه "تعين السلطة التي اصدرت قرار الاشغال المؤقت التعويض المتوجب للمالك أو الشاغل وعليها ايداع هذا التعويض قبل الاشغال.

وحسناً فعل المشرع العراقي بتحديده مدة السنتين من تاريخ أصدار القرار فهذا أقرب للعدالة خوفاً من تراخي الإدارة من الإستيلاء الفعلي مما يلحق الضرر بمالك العقار.

أما الحالة الثانية من حالات الإستيلاء المؤقت فهي الإستيلاء تمهيداً لنزع الملكية، أو ما يطلق عليه في القانون العراقي بوضع اليد، اي ان الإدارة تقوم بوضع يدها على العقارات التي تنوي نزع ملكيتها، وهذا الإستيلاء الممهد لنزع الملكية الذي هو اجراء تجيز التشريعات للإدارة ان تقوم به، ومن مقتضاه أن تستولي على العقار قبل انتهاء اجراءات نزع الملكية لوجود حاجة ملحة تبرر ذلك، وفي هذه الحالة الأخيرة من الإستيلاء يبقى مؤقتاً أيضاً لأن ملكية العقار لا تنتقل إلى الملكية العامة، وإنما تظل بيد مالكها الذي له الحق في التعويض عن مدة الإستيلاء إلى تاريخ دفع التعويض عن نزع الملكية[١].

(١) المادة ١٨ من قانون الاستملاك العراقي "اذا كان العقار المطلوب استملاكه من الاراضي، وطلب المستملك وضع يده عليه فوراً، فتقرر المحكمة الموافقة على ذلك، اذا تأيد لها وجود اسباب مبررة، على ان تقوم بتثبيت حالته الراهنة بصورة مستعجلة"

ان الإستيلاء المؤقت كونه امتيازاً للإدارة في حيازة العقارات المملوكة لأشخاص القانون الخاص بصفة مؤقتة ومقابل تعويض عادل، يقترب من التعدي في نواح ويتميز عنه في نواح أخرى، وكالاتي:

١- ان كلاً من التعدي والإستيلاء يعُتبران استملاك غير مباشر، وان التعرف على التعدي هو اكثر سهولة من التعرف على الإستيلاء، وان كلاهما يدخلأن في اختصاص القاضي العدلي كما الإداري في مسألة اكتشافه وتقدير التعويض فيه.

٢- إن كلاً منهما يستوجب التعويض مع أختلاف جهة التعويض ونوعه .

٣- ان كلاً من التعدي والإستيلاء المؤقت يشمل العقار والمنقول.

٤- إن الإستيلاء المؤقت إجراء إداري تستهدف الإدارة منه خدمة المرافق العامة وصولاً إلى تحقيق المنفعة العامة، وكذلك الحال فيما يخص التعدي، فالمصلحة العامة هي التي تبرر التعدي على العقارات فلا يجوز للإدارة إستعمالهما لغاية أخرى غير المصلحة العامة.

٥- إن التعدي يمس حق الملكية في ذاته والحقوق العينية الأصلية المتعلقة به، بينما الإستيلاء المؤقت على العقارات يمس حق الإنتفاع فقط من دون المساس بحق الملكية.

٦- إن التعدي لا يكون محدد المدة، على خلاف الإستيلاء الذي هو بطبيعة الحال لمدة محددة.

٧- إن احتياجات المرافق العامة تمثل الدافع للتعدي في حين أن الإستيلاء يستلزم ما هو أكثر من ذلك فلا يبرر إلا إذا قامت ضرورة ملحة أو حاجة ماسة.

الفرع الثاني: التمييز بين التعدي والمصادرة

يعني بالمصادرة هي نزع ملكية الشيء قهراً عن مالكه وتمليكه إلى الدولة بغير مقابل، وقد تجري المصادرة بحكم من المحكمة المختصة، عندها تكون المصادرة قضائية. أو بموجب تشريع، أو قرار يصدر عن الإدارة وفيها تكون المصادرة إدارية(١). ومن التشريعات التي تناولت المصادرة الإدارية في العراق، قانون معاقبة المتآمرين، ومفسدي نظام الحكم رقم ٧ لسنة (١٩٥٨)، وقانون اللاجئين رقم ١٤ لعام (١٩٥٩)، وقانون الجمارك والسلامة

(١) أكرم نشأت ابراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الطبعة١، مطبعة الفتيان، بغداد، ١٩٩٨، ص٣٣٤.

الوطنية. كما أن المراسيم الجمهورية كثيراً ما تكون وسيلة لتطبيق المصادرة نحو المرسوم المرقم ٢٣ لسنة (١٩٥٨) بشأن مصادرة أموال العائلة المالكة.

وعليه فأن في العراق المصادرة لاتقع بقوة القانون وهي ليست نظاماً بل يجب صدور حكم من الجهات القضائية المختصة بذلك. والمصادرة نوعان، مصادرة عامة تتمثل بتجريد المحكوم عليه من جميع ما يملكه أو من نسبة معينة من ماله. وهي تشبه الاعدام في العقوبات البدنية، ومصادرة خاصة تنصب في مال معين بالذات[١].

فضلاً عن هذا فإن المصادرة قد تكون عقوبة مالية عينية من العقوبات التكميلية، وقد تكون تدبيراً احترازياً[٢]. وكذلك في هذه الحالة يجب أن تصدر من جهة القضاء لأن القضاء وحده الذي يفرض العقوبة، وهي من صميم اختصاصاته، لأن المصادرة عقوبة جنائية، وان منح الإدارة سلطة فرض هذه العقوبة، يعرّض حقوق الأفراد وحرياتهم وممتلكاتهم للخطر، وبالتالي قد يؤدي إلى تزايد احتمالات انحراف الإدارة في إستعمال سلطتها تلك لأسباب سياسية[٣].

اما في لبنان فقد يختلف الوضع فيه عن العراق، فأن المصادرة تعتبر تدبيراً ادارياً تتخذه الإدارة المختصة بإرادتها المنفردة وبالأستناد الى الاحكام القانونية المعمول بها، وهناك قوانين خاصة تنظم كل نوع من انواع المصادرة[٤].

وقد عرف مجلس شورى الدولة اللبناني المصادرة في قرار له جاء فيه "يعود للإدارة في ظروف معينة حددها القانون حصراً حق مصادرة أملاك المواطنين بإرادتها المنفردة وإشغال عقاراتهم وأبنيتهم دون رضى المالك"[٥].

اما الفقهاء في لبنان فقد عرفوا المصادرة بإنها: تدبير اكراهي واستثنائي ومؤقت، وهي تعد من التدابير الإدارية التي تلجأ اليها السلطة الإدارية تحقيقاً للصالح العام[١].

---

(١) علي حسين الخلف وسلطان الشاوي، المبادىء العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة الكويت، ١٩٨٢، ص٤٣٩.

(٢) المادة ١٠١ و المادة ١١٧ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٣) أحلام عدنان الجابري، العقوبات الفرعية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص١٢٧ وما بعدها.

(٤) هيام مروة، مرجع سابق، ص٢٠٥.

(٥) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٦، بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٠، مجلة القضاء الاداري، ص٢٦٢.

اما في فرنسا فقد اعتبر الاجتهاد الفرنسي المصادرة هو اجراء استثنائي فقد جاء في قرار له "لايحق للإدارة اللجوء الى المصادرة الا في حالة الطوارئ ولتفادي الاضطرابات التي قد تهدد النظام العام"[٢] .

من ذلك يتضح لنا ان محل المصادرة اما ان يكون مالاً منقولاً، ويتمثل بالبضائع أو المنتوجات أو العجلات، ومصادرة النقود وغيرها من الاموال المنقولة الاخرى التي استعملت في ارتكاب الجريمة، أو كانت معدة لإستعمالها فيها. أو ان يكون محل المصادرة مالاً غير منقول أي عقاراً، ويحدث هذا في الغالب في حالات المصادرة العامة والمصادرة الإدارية، وفي كل الاحوال يصار الى تنفيذ قرار المصادرة بواسطة القوة.

من هنا يتبين لنا ان المصادرة تتشابهه مع التعدي في حالات وتختلف في حالات اخرى وكما سنلاحظ ذلك:

١- إن المصادرة في حقيقتها عقوبة تفرض على الأشخاص، لذلك نجد أصولها في قانون العقوبات أو القوانين الأخرى، وهي جزء لعمل خاطىء تمثل بفعل أو ترك، في حين أن التعدي هو اجراء تقوم به الإدارة لاقامة مرافق عامة جديدة، أوتطوير القائم منها، وهي ليست عقوبة وإنما تعدي على المصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة.
٢- لا يترتب على المصادرة أي تعويض اذا كانت عقوبة، على النقيض من التعدي الذي هو يجب فيه التعويض للمالك من قبل الإدارة.
٣- ان المصادرة تشمل الاشخاص والاشياء والحيوانات، اما التعدي فأنه يطال العقارات والحقوق العينية.
٤- ان اجراءات فرض عقوبة المصادرة تختلف عن اجراءات التعدي .
٥- ان المصادرة تؤدي الى إستعمال الاشياء المنقولة وغير المنقولة لكن لاتؤدي الى نزع الملكية الا في حالات محددة باستثناء الاموال القابلة للاستهلاك، اما التعدي فيأتي على الاموال المنقولة وغير المنقولة، ومثالاً على ذلك هدم انشاءات على عقار خاص لأنشاء مشروع لصالح الإدارة دون اتباع الاصول القانونية.
٦- في حالة المصادرة العسكرية[١] فأنه يجب على الجهة المصادرة تعويض المتضرر من تلك المصادرة وكما جاء في قرار مجلس شورى الدولة اللبناني "إن التعويض

---

(١) محي الدين القيسي، محاضرات القيت في الجامعة الإسلامية، ٢٠١١.

(٢) هيام مروة، مرجع سابق، ص٢٠٥.

العادل[٢] عن المصادرة يجب أن يتجاوز البدل العادل للإيجار كي لا تتحول المصادرة إلى عقد إيجارة عادية برغم إرادة المالك، إلا أن هذا التعويض يجب أن لا يؤدي إلى إثراء غير مشروع للمالك"[٣]، كما في التعدي فيجب التعويض عن الاضرار التي تحل بالاملاك التي جرى التعدي عليها.

الفرع الثالث: التمييز بين التعدي والخطأ الشخصي

ان التعدي يحدث عندما تقوم الإدارة بأتخاذ قرار بالسيطرة أو وضع يدها على ملك معين، فهذا القرار لايعتبر مشروعاً الا اذا سبقه قرار منفعة عامة ومقابل تعويض عادل ووجود منفعة عامة، اي ان التعدي يعتبر قرار عديم الوجود.

اما في حالة ارتكاب موظف الإدارة خطأ فانه يعتبر اما خطأ شخصي للموظف، أو يعُتبر خطأ مرفقي[٤] ويدعي بمسؤولية الإدارة التي يتبع لها الموظف وله ان يراجع المحاكم الإدارية فيه[٥].

فالخطأ الشخصي يعُرف بأنه "هو الخطأ الذي يكشف مواطن ضعف المرء وميوله وتهوره .." [١].

---

(١) المصادرة العسكرية: وهي نوع من انواع المصادرة التي تصدر بقرار من وزير الدفاع حصراً بناءاً على اقتراح من قائد الجيش، ويعتبر القرار الصادر من غير وزير الدفاع باطلاً، ويذكر في القرار الشيء المصادر ومالكه والمستفيد من المصادرة. راجع هيام مروة، مرجع سابق، ص٢٠٧.

(٢) يحدد التعويض العادل والمسبق في لبنان من قبل لجنة خاصة، ويكون القرار الصادر من هذه اللجنة قابلاً للأعتراض امام لجنة عليا اعتبرها مجلس شورى الدولة لجنة ادارية ذات صفة قضائية وأن لم يتولى رئاستها قاضٍ، قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ١٣، بتاريخ ١٩٩٧/١٠/١٤، مجلة القضاء الاداري، ص٤٠.

(٣) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ١٢، بتاريخ ١٩٩٧/٩/٦، مجلة القضاء الاداري، ص٥٦٤.

(٤) إن الخطأ المرفقي هو "خطأ موضوعي ينسب إلى المرفق مباشرة على اعتبار أن هذا المرفق قد قام بارتكاب الخطأ بغض النظر عن مرتكبه، فسواء أمكن إسناد الخطأ على موظف معين بالذات أو تعذر ذلك، فإنه يفترض أن المرفق ذاته هو الذي قام بنشاط يخالف القانون، فهو وحده الذي قام بارتكاب الخطأ".
محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨، ص٦٦٥.
أما مجلس شورى الدولة اللبناني فقد عرّف الخطأ المرفقي في احدى قراراته بأنه "من أخطاء المصلحة العامة... لأن الحادث وقع أثناء الخدمة وتسبب عن قلة احتراز المدعي وإهماله، ولم تشبه شائبة قصد الإيذاء". قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم٥٥٣، بتاريخ ١٩٦٢/١٠/٢٣، مجلة القضاء الاداري، ١٩٦٢، ص١٩٦.

(٥) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٨٢١.

ونقلاً عن مصطفى كيره فقد ذهب Duguit في سبيل تمسكه بهذه الفكرة إلى حد القول بأن الموظف إذا ارتكب خطأ جسيماً وكان هدفه من ذلك سليماً طبقاً لقصد المشترع، فإنه لا يرتكب خطأ شخصياً[٢].

اما مجلس الشورى اللبناني فقد جاء في قراره: "حيث يتبين من الوقائع أن الخطأ الذي ارتكبه الشرطي البلدي في قتل مورث المستدعين ومحأولة قتل احدهم لا يتصل بالخدمة... فإن فعل القتل الذي ارتكبه قد حصل في ظروف لا تمت بصلة إلى هذه الوظيفة. ويقضي القول بالتالي أن فعل الشرطي يؤلف خطأ شخصياً ارتكبه خارج الوظيفة"[٣].

وقد اعتُمد معيار الخطأ الشخصي في قرار صادر عن الاجتهاد اللبناني اذ جاء فيه "الخطأ الشخصي هو الخطأ المقصود أو المتعمد الذي يقع بقصد الإيذاء والإضرار دون مبرر ولو حصل أثناء ممارسة الوظيفة كالأعمال التي يكون الدافع إليها أحقاد سياسية"[٤].

كما اعتُمد نفس المعيار في حكم آخر جاء فيه: "إن الموظف ارتكب خطأ جسيماً بإشعال سيكارته بالقرب من صهريج اثناء تفريغه البنزين إلى مستودعه ما أدى إلى اشتعاله وهو مسؤول شخصياً عن خطئه هذا"[٥].

أما الخطأ الفادح واستناداً للقضاء الإداري اللبناني، يعتبر خطأ مرفقياً يوجب تعويض الدولة للمتضرر منه. فقد جاء في أحد قراراته "إن الدركي الذي أطلق الرصاص أثناء قيامه بعمله قد ارتكب خطأ فادحاً وأن على الدولة أن تتحمل نتيجة عمله الخاطئ"[٦].

---

(١) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الثاني، مرجع سابق ، ص٨١٧.

(٢) مصطفى كيره، نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص١٢٦.

(٣) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ١٥١، بتاريخ ١٩٦٦/٢/١٥، مجلة القضاء الاداري، ١٩٦٦، ص٧٢.

(٤) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٤٥٥، بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٥، مجلة القضاء الاداري، ١٩٥٧، ص١٧٣.

(٥) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ١٣، بتاريخ ١٩٥٩/١/١٤، ١٩٥٩، ص٤٧.

(٦) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٤٠٧، بتاريخ ١٩٦٦/٤/١٦، ١٩٦٦، ص١١٠.

وللخطأ الشخصي ثلاثة انواع(١) وهي:

أ- الخطأ الذي يرتكب خارج نطاق المرفق ويكون منقطع الصلة به.

يشمل هذا النوع من الخطأ، الخطأ البسيط والشديد، والخطأ المتعمد وغير المتعمد، ويكون هذا الخطأ غير مرتبط على الاطلاق بالوظيفة. ومن امثلة هذا النوع من الاخطاء، الحادث الذي يتسبب به عسكري أثناء اجازته بواسطة سيارته الشخصيه، والحريق المتعمد الذي يفتعله رجل الاطفاء خارج دوام خدمته.

ب-الخطأ الذي يرتكب خارج نطاق الوظيفة ولكنه يكون مرتبطاً بها.

ويشمل هذا النوع من الخطأ، تلك الاخطاء التي تقع خارج نطاق الخدمة ولكنها ارتكبت عن طريق استخدام وسائل وضعت في تصرف الموظف من قبل المرفق وتعتبر اخطاء غير متعمدة، ومن امثلتها قتل احد رجال الشرطة شخصاً من غير قصد بواسطة سلاحه الذي تسمح له وظيفته بالاحتفاظ به خارج نطاق الخدمة.

ت-الخطأ الذي يرتكب ضمن نطاق الوظيفة ولكنه منقطعاً عنها.

في حالة وقوع خطأ داخل نطاق الوظيفة فأنه يعتبر خطأ مرفقياً، ولكن هنالك استثناءً على هذا المبدأ، فقد يعتبر هذا الخطأ خطأً شخصياً ومنقطعاً عن المرفق في حالتين: الأولى، اذا كان الخطأ متعمداً يوضح عن سوء نية الموظف الصادر عنه. والثانية، عندما يكون الخطأ جسيماً بحيث لايمكن القبول به نظراً لجسامته. ومن الامثلة على هذا النوع من الخطأ الشخصي، عملية اختلاس اموال، أو عملية سرقة يقوم بها حارس السجن بمشاركة السجناء الذين أوكل اليه مهمة مراقبتهم.

وبعد معرفتنا للخطأ الشخصي وانواعه، لابد لنا ان نعرف مدى ارتباطه بالتعدي وماهي أوجه الاختلاف بينهما وكما ياتي:

١- الخطأ الشخصي، هو مبدأ شخصي يتعلق بذات الموظف ونفسه، وباتجاه نية الموظف نية سيئة إلى ارتكاب الخطأ. اما الاعتداء هو مبدأ موضوعي يتعلق

---

(١) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الثاني، مرجع سابق ، ص٨١٧.

بجوهر التصرف المتمثل بخروج الموظف بحسن نية عن اختصاصات الوظيفة الإدارية، بحيث يأتي عملاً تنقطع الصلة بينه وبين الوظيفة.

٢- يكون سبب الضرر الناجم عن الخطأ الشخصي هو الموظف نفسه. اما سبب الضرر الناجم عن الاعتداء، هو ذلك العمل الفاقد طبيعته الإدارية.

٣- في حالة الخطأ الشخصي تكون الغاية من العمل ارضاء اهواء شخصية للموظف، اما في حالة التعدي يكون الهدف من العمل تحقيق مصلحة عامة.

٤- الخطأ الشخصي مهما كان جسيماً إلا أن هذه الجسامة لا تغير من طبيعة العمل الذي يأتيه الموظف والذي يبقى محتفظاً بصفته وطبيعته الإدارية. أما في التعدي، فأن العمل يكون مجرد من كل تبرير قانوني ومقطوع الصلة فيه تماماً بمبدأ المشروعية بحيث يفقده كل طبيعة إدارية.

بعد ان تعرفنا على حق الملكية الخاصة وكيفية حمايتها في الشريعة الاسلامية والدساتير والمواثيق الدولية، وكذلك تعرفنا على ماهية التعدي وعلى اي شيء يقع وماهي صوره، وماهي أوجه التشابه والاختلاف بين التعدي وصوره، فأننا نصل الى نتيجة ان الملكية الخاصة حق مقدس فلابد لنا ان نعرف ماهي الاثار الذي يسببها التعدي من قبل الإدارة؟ وكيفية حماية املاك الافراد الخاصة من تجأوزات الإدارة عليها؟ وماهي المحاكم المختصة للنظر في التعدي؟ لذلك هذا سيكون محور بحثنا في الفصل الثاني من رسالتنا وكما ياتي.

الفصل الثاني

الأثار القانونية للتعدي على الاملاك الخاصة من قبل الإدارة

بعد ان تعرفنا على كلاً من مفهوم الملكية الخاصة ومفهوم التعدي، وماهي الحالات التي تتعدى فيها الإدارة على الاملاك الخاصة، لذلك لابد ان ينتج اثر قانوني لهذا الاعتداء، وماهي المحاكم التي تختص بالنظر في التعدي والتعويض عن الاضرار الذي سببها وارجاع الحقوق الى اصحابها، وعليه هذا سيكون محور بحثنا في هذا الفصل، فسوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين، وندرس في المبحث الأول الحماية القضائية للملكية الخاصة وفي المبحث الثاني المحاكم المختصة للنظر في التعدي وكما ياتي.

المبحث الأول

الحماية القضائية للملكية الخاصة

يشكل القضاء مصدراً أساسياً لحماية الملكية الخاصة، فالسلطة القضائية ظلت حامية للملكية الخاصة من جميع الاعتداءات التي تتعرض لها، وتتجلى هذه الحماية في رقابة القضاء لأعمال الإدارة، فالإدارة ملزمة دائما بالخضوع للقانون في كل الأعمال التي تقوم بها وكل تجأوز للقانون يفسح المجال للقضاء للتدخل لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، حيث تشكل رقابة القضاء لأعمال الإدارة في نظام نزع الملكية للمنفعة العامة، أهم الضمانات المفروضة في هذا النظام خاصة وأن الإدارة تكون طرفاً في هذا الموضوع، فهي التي تقوم بنزع الملكية وهي التي تقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمام هذه العملية، وبالتالي تعدٍ الرقابة القضائية ضمانة فعالة لحماية حقوق الأشخاص المنزوعة ملكيتهم، وذلك لما تخوله هذه الرقابة من حماية أكيدة ضد الأنتهاكات التي قد تمس الملكية الخاصة، وتتم حماية القضاء للملكية الخاصة في هذا المجال عبر الدعأوى التي يرفعها هؤلاء الأشخاص ضد أي تجأوزات قد تحدث في شأن نزع ملكيتهم، فقد يتمثل ذلك في رفع دعوى إلغاء قرار المنفعة العامة أو دعوى التعويض أو دعوى وقف التعدي على الأملاك الخاصة.

ومن نافلة القول ان هذه الرقابة تؤدي إلى فحص مشروعية القرارات الإدارية، ومن ثم الحكم عليها بالالغاء، اذا تبين عدم مشروعيتها، لا بل قد يصل الأمر إلى حد تعديل القرار، والزام الإدارة بعمل معين في حالة اصابة القرار الإداري بعيب جسيم.

وقد أصاب واقع هذه الرقابة في الأونة الأخيرة تطور كبير، أدى إلى اتساع نطاقها، اذ شملت مجالات كانت تعدٍ من الملاءمات المتروكة للإدارة، تقدرها بحسب الظروف والأحوال، ويتمثل هذا التطور بظهور نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار التي أسسها مجلس الدولة الفرنسي، وسنأتي على بيان ذلك لاحقاً.

لذلك سنتنأول في هذا المبحث الضمانات القضائية لحق الملكية الخاصة في مطلب أول، والتعرف على نظرية الموازنة ودورها في حماية الملكية الخاصة من التعديات التي تقع عليها من طرف الإدارة في مطلب ثاني وكما سيأتي:

المطلب الأول: الضمانات القضائية لحق الملكية الخاصة

يتم في بعض الحالات نزع الملكية الخاصة من اجل المنفعة العامة، ويعتبر نزع الملكية للمنفعة العامة هو ليس إلا إجراء من شأنه حرمان مالك عقار معين من ملكه جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل(١).

وإن قانون نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة هو قيد من القيود التي ترد على الملكية الخاصة، وهو من مباحث القانون الإداري ولا يعنينا منه إلا الأحكام التي تقررت فيه لحماية الملكية الخاصة.

إذ تقرر فيه نوع هام من الحماية لحق الملكية الخاصة ولاسيما فيما يتعلق بالتعويض. لأنه كما أوجب القانون على الناس أحترام الملكية في تصرفاتهم بأموالهم أوجب على الدولة أيضاً أحترام الملكية الخاصة والعامة، لأنها المسؤولة عن تطبيق القواعد القانونية على تصرفاتها في المال سواء أكان عاماً أم خاصاً تجاه المجتمع وفي رقابتها على تصرفات الناس في أموالهم فيما بينهم وكان من قواعد قانون نزع الملكية للمنفعة العامة في ذلك أن لا تنزع ملكية الفرد جبراً عليه إلا لنفع عام ولقاء تعويض عادل يدفع إليه(٢).

(١) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الاداري "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٤، ص٢٧٠.

(٢) منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص٢٦٢.

وأن هذه القاعدة قد نصت عليها أغلب دساتير الدول التي وضعت المبدأ العام الذي يقرر نزع الملكية. فمثلاً الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (٢٣) الفقرة (٢) نص على أنه: "لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويضٍ عادل، وينظم ذلك بقانون". وكذلك نصت المادة (١٥) من الدستور اللبناني على ان "الملكية في حمى القانون فلا يجوز أن ينزع عن أحد ملكه إلا لأسباب المنفعة العامة في الأحوال المنصوص عليها في القانون وبعد تعويضه منه تعويضاً عادلاً".

ولقد وضعت قواعد يتعين أن تتبع لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة حتى تكون الإدارة في مأمن من المسؤولية، ومنها:

أولاً: نزع ملكية العقارات مقترن بتحقيق المصلحة العامة

إن حرية التملك من الحريات الأساسية التي ضمنها الدستور والقوانين، ولما كان نزع الملكية الخاصة جبراً عن مالكها يعد قيداً على حرية التملك، فإنه يتوجب أن يكون في الأحوال التي يقررها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة، أي أن مناط حرمان المالك من ملكه هو تحقيق المنفعة العامة[١].

إن الركن الأساس الذي يجب أن يستند إليه قرار نزع الملكية هو النفع العام. لأن النفع العام هو بحكم الضرورة. والضرورات تبيح المحظورات، لذلك جاز نزع الملكية الخاصة للنفع العام حتى لو كان في ذلك تقييداً للملكية الخاصة[٢].

إلا أنه في حالة تجأوز الإدارة الغرض الذي شرعت من أجله قرار نزع الملكية وكان بقصد النكاية أو يكون تقدير الملاءمة بشكل خاطئ، فإنه يحق للمالك هنا الالتجاء إلى القضاء لدفع إساءة إستعمال السلطة. فيكون قرار الإدارة عرضة للإلغاء، أو إذا تم الإستيلاء جبراً وبدون إتباع الإجراءات القانونية فيكون عندها لصاحب العقار المستولى عليه استرداده، لأن عدم إتباع الإجراءات القانونية يعد غصباً واعتداءاً، لذلك يتعين إتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع الملكية الخاصة[٣].

ثانياً: وجوب تعويض المالك المنزوعة ملكيته

---

(١) محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٦٧١.

(٢) شاكر ناصر حيدر، مرجع سابق، ص٦٩.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٦٣١. راجع كذلك محمد علي حنبولة، مرجع سابق، ص٦٧١.

اكتفى المشرع العراقي في التقنين المدني بالنص على الملكية بأنها: حق مصون لا يجوز الاعتداء عليه. ولا يجوز حرمان المالك منه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها وبعد دفع تعويض عادل مقدماً. أما الإجراءات التي يجب إتباعها عن نزع ملكية العقار فقد نظمها قانون الاستملاك لعام ١٩٣٤[١].

حيث وضع المشرع بعض المبادئ التي يجب مراعاتها في تقدير التعويض وهي الآتي:

أ – إن التعويض العادل هو القيمة الحقيقية للعقار وقت تخصيصه للمنفعة العامة، أو قيمة العقار بثمن بيعه الحاضر – أي وقت إستملاكه –.

ب – لا تراعى في تقدير التعويض الزيادة التي قد تنشأ بعد ذلك.

ج – لا تراعى في تقدير ثمن العقار زيادة القيمة الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ في نزع الملكية.

إلا أنه نظراً لما تتسم به إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة من السرعة. ولما للإدارة من سلطة تقديرية في تقدير قيمة التعويض الذي يستحقه المالك، فإن المشرع قد أوجد ضمانة هامة لذوي المصلحة للدفاع عن حقوقهم، وهي الحق في الاعتراض على تقدير تعويض من قبل الجهة المختصة بالتقدير، والاعتراض في حالة عدم إتباع جهة الإدارة من جانبها الإجراءات التي أوجب القانون إتباعها لتقدير التعويض.

إن إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة ليس معناه إهدار الملكية الخاصة للأفراد وإنما يتطلب اتخاذ إجراءات نزع الملكية تعويض المالك عن العقار المنزوع تعويضاً عادلاً وبتقدير الخبراء. ولذلك لابد من وجود رقابة قضائية على هذه الاجراءات التي تتم من قبل الإدارة ابتداءاً من صدور القرار لتحقق النفع العام وتقدير التعويض ومن ثم قرار نزع الملكية الخاصة وتحويلها الى ملكية عامة. وسندرس كل رقابة في فرع خاص وكما ياتي:

---

(١) حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٥٥.

الفرع الأول: على مستوى تحقق النفع العام

يمثل قرار تحقق النفع العام الخطوة الأولى من خطوات نزع الملكية للمنفعة العامة، ويعتبر صدور قرار تحقق النفع العام وسيلة فعالة لمراقبة نشاط الإدارة ومدى التصاقه مع المصلحة العامة وتحقيق النفع العام، وان صدور هذا القرار من الوزير المختص من شأنه تحقيق هذا الهدف، إذا جرى وفقاً للقانون، وفي العراق وكذلك الحال في لبنان فقد خضع هذا القرار لرقابة القضاء. أي الطعن بقرار النفع العام أمام القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في نظر القرارات الإدارية ومنها قرار تحقق النفع العام، وان تتاح أكثر من درجة للتقاضي، بأن يكون حكم محكمة القضاء الإداري قابلاً للطعن فيه أمام مجلس شورى الدولة. اما في حالة التعدي فهي من اختصاص القضاء العدلي، وممن لاشك فيه ان قيام اي عيب من العيوب التي تصيب اركان القرار الإداري يكفي وحده لتقرير عدم مشروعيته.

وفي فرنسا كان مجلس الدولة يقضي بردّ الدعوى المقامة بالإلغاء، ضد القرار الصادر بتقرير النفع العام أو قرار تعيين الأراضي المطلوب نزع ملكيتها، على أساس إن هذه القرارات تندمج في عملية قانونية مركبة وهي نزع الملكية التي تشكل كلاً لا يتجزأ، وكان القضاء الإداري الفرنسي يبنى عدم اختصاصه في ذلك، على اساس نظرية الدعوى الموازية، التي تكفل انعقاد الاختصاص للقضاء العادي في نظر المنازعات المتعلقة بنزع الملكية. إلا أن مفوض الدولة (تسيير) أسهم إلى حد كبير في اقناع مجلس الدولة بالعدول عن هذا المسلك، وتطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للأنفصال، بما يترتب عليه من قبول الطعون الموجهة إلى قرار تحقق النفع العام، وقرار تعيين الأراضي المراد نزع ملكيتها[1].

وقد تنأولت الرقابة التي مارسها القضاء الإداري على قرار تحقق النفع العام، أركان القرار الإداري الخمسة، للتأكد من توافرها وصحتها فيه، ومن هنا سنتنأول الرقابة القضائية على هذه الأركان تباعاً

١- الرقابة القضائية على ركن الاختصاص

من الواجب أن يصدر قرار تحقق النفع العام من الجهة المناط بها قانوناً صلاحية اصداره، وهذه الجهات تتعدد تبعاً لاختلاف التشريعات المنظمة لاجراءات نزع الملكية[2].

(١) عبد المنعم عبد العظيم جيزة، آثار حكم الالغاء، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، ١٩٧١، ص٢١٣.

(٢) محمد عبد الغني مهملات، الاستملاك ورقابة القضاء الاداري "دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه في الحقوق مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة دمشق، ٢٠٠٥، ص١٦٤.

ففي فرنسا مثلاً تتنوع جهات اصدار تحقق النفع العام فهي، مجلس الدولة أو المحافظة (مفوض الجمهورية)، أو الوزير، إلا أن اختصاص كل منهم محدد بحالات خاصة، كما أجاز مرسوم ٢٣ تشرين أول ١٩٥٨، للمحافظ تفويض اختصاصه هذا إلى السكرتير العام للمحافظة. اذاً، فصدور قرار تحقق النفع العام عن المحافظ في الحالة التي يكون فيها الوزير مختصاً قانوناً باصداره، من شأنه أن يجعل القرار الصادر مصاباً بعيب عدم الاختصاص البسيط، ويسري هذا الحكم أيضاً على حالة صدور القرار من الوزير، إذا كان المحافظ مختصاً بذلك.

أما في العراق فقد كان قانونا استملاك الأموال غير المنقولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤، والاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠، يمنحان مجلس ادارة اللواء صلاحية اصدار تحقق النفع العام، على أن يخضع هذا القرار لمصادقة وزير الداخلية في القانون الأول، ووزير العدل أو مجلس الوزراء في القانون الثاني، فلا يملك المتصرّف (المحافظ) اصدار قرار تحقق النفع العام بمفرده، فإن فعل يكون قراره مشوباً بعيب عدم الاختصاص، فضلاً عن هذا فإنه ليس لوزير الداخلية أو وزير العدل أو مجلس الوزراء اصدار هذا القرار. وإنما لهم صلاحية التصديق على هذا القرار أو رفضه، لأنهم يمثلون السلطة الإدارية المركزية، التي تملك التصديق على قرارات الهيآت الإدارية اللامركزية.

إلا أن المشرّع في قانون الاستملاك النافذ١٩٨١ وسابقه في العراق، استغنى عن هذا القرار بعد التحوّل الذي جرى في اجراءات نزع الملكية للنفع العام فيه، عقب صدور قرار الاستملاك السابق رقم٥٤ لسنة١٩٧٠، فبعد ان كانت اجراءات نزع الملكية للنفع العام في العراق اجراءات إدارية بحتة، اضحت اليوم اجراءات قضائية، اختفى قرار تحقق النفع العام في ظلها.

وفي لبنان فقد نص قانون الاستملاك في المادة الثانية منه صراحة على من له تحديد المنفعة العامة اذ جاء فيها: "تقرر المنفعة العامة بمرسوم بناء على اقتراح الوزير المختص المبني على طلب الإدارة المعنية أو البلدية أو الهيئة الاختيارية في القرية التي لا بلدية فيها أو المؤسسة العامة أو صاحب الامتياز ويمكن للإدارة العامة والبلديات استملاك عقارات لمصلحة اشخاص عينهم القانون".

ونحن نطالب المشرّع العراقي باعادة النظر في قانون الاستملاك النافذ والسير على خطى المشرع اللبناني، بما من شأنه جعل عملية نزع الملكية للنفع العام، بناءاً على قرار بتحقق النفع العام صادر عن الوزير المختص.

وجدير بالذكر ان عيب الاختصاص يعتبر من العيوب المتعلقة بالنظام العام، لذلك يجوز فيه الدفع في اي وقت واي مرحلة من مراحل الدعوى، وكذلك يجوز للمحكمة ان تثير من تلقاء نفسها هذا العيب حتى وان لم يثره طالب الابطال وكذلك لايجوز لأية جهة إدارية التنازل عن اختصاصها لأدارة اخرى الا بناءً على تفويض سليم قانوناً(١).

٢- الرقابة القضائية على ركن الشكل

لا ريب ان تحقق النفع العام هو قرار اداري، يتطلب افصاحاً من الإدارة عن ارادتها في شكلية معينة وهي الكتابة فضلاً عن بيانات أخرى حتّم القانون وجودها فيه، ويكون القرار معيباً بالشكل اذا صدر من دون مراعاة الإدارة للشكليات أو الاجراءات التي نص عليها القانون.

وقواعد الشكل اما ان تكون قواعد نص عليها المشرع أو قواعد قضائية اصدرها القضاء الإداري، وهذه القواعد هدفها حماية المصلحتين العامة والخاصة في آن واحد، فهي ضمان لحسن سير الإدارة وضمان لحقوق الافراد وحرياتهم(٢).

ففي العراق قد ألزم قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠، المتصرّف إعلان قرار تحقق النفع العام في جريدة محلية يومية، مع ذكر المشروع المراد تنفيذه، العقارات التي اشتملها.

وقد سارت محكمة التمييز في الرقابة على هذه الاجراءات، ولكنها لم تحكم بالغاء قرار تحقق النفع العام اذا خالف الاجراءات المتعلقة بالنشر، وإنما ألزمت الإدارة القيام بتصرف جديد يحل محل التصرف الباطل، وأكدت ذلك في حكمها الذي جاءت فيه (... ان الحكم الاستئنافي المميز قد صادق على الحكم البدائي الذي قضى بابطال التسجيل الأخير في سجل الطابو وإعادة تسجيلها باسم المدعى أميرية ممنوحة بالزامة في الوقت الذي لا تملك المحكمة هذا الحق اذ أن الاستملاك هو نزع ملكية عقار لنفع عام ولقاء تعويض عادل. فلا يجوز ابطاله واعادة تسجيل الأرض باسم المدعي وإنما للمحكمة الحق إن وجدت ان بعض

---

(١) محي الدين القيسي، القانون الاداري العام، مرجع سابق، ص١٠٢.

(٢) ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص٣٧٨.

اجراءات الاستملاك ليست متفقة مع حكم القانون أن تقرر ابطال تلك الاجراءات غير القانونية على أن تقوم الدائرة المستملكة باجراءات قانونية جديدة وفق قانون الاستملاك لأنه تقرر مشروعية الاستملاك لتعلقه بالنفع العام، وقد شيُد على الأرض المستملكة مشروع الماء والكهرباء وأصبحت من الأموال العامة ...)[1].

لقد كان القضاء العراقي متردداً في الغاء القرارات الإدارية عامة، وقرار تحقق النفع العام خاصة، اذا ما شابّ هذا القرار عيب شكلي جوهري، على الرغم من انتقاء الموانع التي تحول بين هذا القضاء والغاء القرار.

وقد أيدَ هذا الرأي حكم محكمة التمييز الذي بيّنت فيه (لكي يكون طلب الاستملاك صحيحاً ومستوفياً لشروطه القانونية، يجب أن يكون مرفقاً بالبيانات المدرجة في الفقرات الثلاثة من المادة الخامسة من قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠. ومن جملة هذه المرفقات بيان بأسماء وعنأوين المالكين للعقار، وحيث أن طلب استملاك العقار موضوع الدعوى قد وقع من قبل وزارة الدفاع بموجب كتابها... والمربوط في اضبارة الاستملاك وبالنظر إلى أن هذا الطلب جاء خالياً من بيان اسماء وعنأوين مالكين العقار، اذ لا يتحقق النشر القانوني على الوجه الصحيح ولا يحقق غرضه إلا بأن تذكر في الإعلان اسماء أصحاب العقار وعنأوينهم المدونة في البيان الواجب تنظيمه بحكم المادة الخامسة من القانون المذكور، ورغم كل ذلك فإن الإعلان المنشور في جريدة الاستقلال بتاريخ ١٩٦٠/٦/٢٢ لم يتضمن إلا اسماً لواحد من أصحاب العقار وهو (ن) أما أسماء بقية المالكين وعنأوينهم قد تجاهلها الإعلان مما جعل النشر والإعلان مخالفين لأحكام القانون...)[2].

ولم تحكم محكمة التمييز في هذا القرار بالغاء قرار تحقق النفع العام على الرغم من اغفاله ذكر اسماء وعناوين مالكي العقار، لأن المادة السادسة من قانون الاستملاك رقم ٥٧

(١) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ٣٧٤/ حقوقية/ ٩٦٥، بتاريخ ١٩٦٥/٧/٥، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٥ مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٩، ص٣٦٥ وما بعدها.

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ٢٢١٦/ حقوقية/٩٦٤، بتاريخ ١٩٦٥/٦/١٢، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٥، بغداد، ١٩٦٩، ص٣٦٧ و٣٦٨.

لسنة ١٩٦٠[١]، اشترطت أن ينشر قرار تحقق النفع العام الصادر عن المتصرفية في جريدة محلية يومية مع بيان المشروع الذي نزع الملكية من أجله والعقارات التي اشتملها، ولما كان طلب نزع الملكية قد افتقد ذكر أسماء وعناأوين أصحاب العقارات، ومن ثم فإن قرار تحقق النفع العام الصادر عن المتصرفية كان مفتقداً تبعاً لذلك هذه البيانات، فكان من الأجدر بالمحكمة أن تحكم بإلغاء قرار تحقق النفع العام، ولا تحكم ببطلأن اجراءات النشر والإعلان والقيام باجراءات أخرى جديدة.

اذاً، فمحكمة التمييز لم تحكم بإلغاء قرار تحقق النفع العام لعلمها ان عدم نشر القرار، أو نشره بشكل ناقص، ليس من شأنه أي يؤدي إلى الغاء القرار وإنما إلى تعذر وصوله إلى علم ذوي الشأن وهم أصحاب العقارات أو الحقوق العينية الأصلية، وان كنا نعتقد ان التبليغ الشخصي هو الوسيلة المناسبة لإيصال قرار تحقق النفع العام إلى علم المخاطبين به لأنه من القرارات الفردية، إلا إذا تعذر ذلك.

اما في لبنان فقد نص قانون الاستملاك في فقراته الخامسة والسادسة والسابعة المتعلقة بالشكل والنشر، فجاء في المادة الخامسة "تنشر الإدارة المختصة المرسوم في الجريدة الرسمية مع اللائحة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة السابعة، وتلصق نسخة عنه وعن اللائحة المرفقة به في الاماكن الخاصة بالإعلانات في مركز البلدية الواقعة في نطاقها العقارات المنوي استملاكها أو في مركز المختار في القرى التي لا بلدية فيها وينظم احد موظفي البلدية أو المختار محضرا باتمام معاملات الإعلان يودعه الإدارة طالبة الاستملاك.

اما المادة السادسة "تبلغ الإدارة نسخة المرسوم الى ذوي العلاقة الواردة اسماؤهم في اللائحة المرفقة به في محل اقامتهم بالطريقة الإدارية أو بواسطة موظف محلف، وفي حال عدم وجودهم يبلغون بواسطة احد افراد عائلاتهم الراشدين القاطنين معهم واذا تعذر التبليغ على هذا الوجه أو كان ذوو العلاقة مجهولي الاقامة أو متوفين ومجهولي الورثة فينظم مختار المحلة محضرا بالواقع يضم الى الأوراق ويستعاض عن التبليغ بالإعلان في جريدتين محليتين وتحفظ نسخ عنهما في الملف العائد للمرسوم وفي هذه الحالة يعتبر التبليغ بالإعلان

---

(١) المادة السادسة تنص "يعرض المتصرف طلب الاستملاك على مجلس ادارة اللواء لاستحصال قراره بتحقيق النفع العام في الغرض من الاستملاك ومن ثم يعلن المتصرف القرار المذكور في جريدة محلية يومية، وعند عدم وجودها فبإحدى طرق النشر الأخرى مع بيان المشروع الذي أريد استملاك من اجله والعقارات التي شملها.

في جريدتين قانونياً".

والمادة السابعة "ترسل الإدارة نسخة عن المرسوم مع اللائحة المرفقة به الى امانة السجل العقاري لتدوين اشارة هذا المرسوم فورا على صحائف العقارات العينية .
يجب ان يتضمن القيد اسم المرجع طالب الاستملاك ورقم وتاريخ المرسوم وتاريخ نشره في الجريدة الرسمية وتاريخ تدوينه على الصحيفة العينية".

فيتضح لنا ان في حالة مخالفة القانون في احدى مواده فأن القرار يلغى وهذا مأأكده مجلس شورى الدولة اللبناني في قراره الأتي "ان الخرائط المتعلقة بتوسيع المدن وتجميلها لايمكن تقريرها إلا بعد موافقة مديرية دائرة الآثار القديمة عليها، عندما لايتبين أن هذه الموافقة قد حصلت على الخرائط المرفقة بالمرسوم فيكون والحالة هذه قد اغفل خلافاً للقانون إجراء جوهرياً يستوجب معه ابطال المرسوم"(١).

٣- الرقابة القضائية على ركن المحل

ان محل تقرير النفع العام، هو الأثر القانوني المترتب عليه، وهو التغيير الحاصل في المراكز بانشاء مركز قانوني جديد، يتمثل باضفاء صفة النفع العام على مشروع معين تنوي الإدارة انشاءه، ويتطلب نزع ملكية عقارات مملوكة لأشخاص القانون الخاص، أو تعديل مركز قانوني قائم كتطوير وتوسيع مشروع أو مرفق عام قائم يحاذي عقارات خاصة، يتطلب هذا التوسع الحصول عليها وضمها إليه(٢).

اذاً، فقرار تحقق النفع العام ليس من شأنه نقل ملكية العقار أو الحق العيني الأصلي من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، ولكنه في الوقت نفسه يكشف عن نية الإدارة في نزع الملكية الخاصة ويُمهد الطريق أمامها للمباشرة في اجراءات نزع الملكية، أي بعبارة أخرى يعطي الضوء الاخضر للإدارة للعمل سعياً لقرار نزع ملكية العقار أو الحق العيني الأصلي ونقله إلى الملكية العامة.

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، بتاريخ ١٩٩٦/١٠/١٠، مجلة القضاء الاداري، العدد١٢، ص٢٩.
(٢) عبد الغني عبد الله بسيوني، القانون الاداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٢، ص٤٣٧.

وعلى هذا الأساس فان قرار تحقق النفع العام من شأنه أن يضفي المشروعية على كل اجراءات الإدارة ويكسبها الصفة القانونية، بخلاف ما إذا كان نزع الملكية قد جرى من دون سلوك السبل القانونية، اذ أن ذلك يجرد عمل الإدارة من المشروعية ويحوله إلى غصب.

وجديراً بالذكر فان صدور قرار تحقق النفع العام لا يكفي لاتمام عملية نزع الملكية، اذ لا بد من وجود قرار نزع الملكية الذي يعقبه لكي تستوفي العملية مراحلها، ومن المعلوم أن العيب الذي يشوب ركن المحل في القرار الإداري يُعرْف بعيب مخالفة القانون بالمفهوم الضيق، وهذا العيب يمكن ملاحظته في قرار تحقق النفع العام اذا كان المحل مستحيل التحقيق مادياً أو قانونياً، كأن يكون المشروع المراد اضفاء صفة النفع العام عليه، لا يمكن تنفيذه أو القيام به بسبب اكتسابه صفة النفع العام بموجب قرار سابق بتحقق النفع العام، أو أن تصدر الإدارة قراراً بتحقق النفع العام في مشروع وهمي أو بموجب تشريعات تمنع الإدارة من القيام به أو انجازه[١].

٤- الرقابة القضائية على ركن السبب

يعتبر ركن السبب في قرار تحققق النفع العام، هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع الإدارة إلى اصدار هذا القرار. فالحالة الواقعية تتمثل بالحاجة إلى اقامة مشروع معين، كانشاء مدرسة أو اقامة مستشفى عام، أو دائرة معينة تقدم الخدمات وتشبع الحاجات العامة كالكهرباء أو الماء أو شق طريق عام أو توسيعه أو مد خط للسكك الحديد أو اقامة مطار.

أما الحالة القانونية فتتمثل باستناد الإدارة إلى نص يخولها اصدار قرار تحقق النفع العام، وهذا النص انما يظهر في قانون نزع الملكية للنفع العام، ومن دون الحالة القانونية أو الواقعية لا يمكن اصدار القرار.

واذا كانت القاعدة العامة في القرارات الإدارية، ان الإدارة غير ملزمة بذكر اسباب قراراتها في صلبها، إلا أن قرار تحقق النفع العام ــ حسب اعتقادنا ــ يخرج عن هذا النطاق،

(١) محمد عبد الغني مهملات، مرجع سابق، ص٣٢٥.

اذ يجب ذكر ماهية المشروع المراد تنفيذه، والذي يستلزم نزع ملكية عقارات لهذا الغرض، في صلب القرار ونشر هذا القرار في الصحف بعد ذلك، اذ يمثل هذا النشر افصاحاً من الإدارة عن أسباب قرارها، بالشكل الذي يتيح للقضاء فرصة مراقبة صحة الوجود المادي للوقائع التي بنت عليه الإدارة قرارها، فإذا تبين له وجود حاجة ملحة لأنشاء مطار أو شق طريق مثلاً ، فان القرار يكون مستوفياً ركن السبب فيه، بخلاف ما إذا كان القرار مفتقداً للحالة الواقعية أو القانونية، اذ ينعدم المبرر الواقعي أو القانوني لاصدار القرار، واذا صدر يكون مشوباً بعيب من عيوب المشروعية. كما يثور عيب السبب في حالة الخطأ في التكييف القانوني للوقائع، فإذا كان المشروع المراد تنفيذه لا ينطبق عليه وصف المشروع المؤدي إلى تحقيق النفع العام، فإن القرار يكون معيباً في سببه.

هذا وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه إلى اضفاء المشروعية على التحقيق الذي يسبق إعلان قرار تحقق النفع العام، على الرغم من مضي مدة على اصداره، طالما لم تتغير الظروف الواقعية لاصدار القرار(١).

في حين ذهب المجلس في حكم آخر إلى الغاء قرار تحقق النفع العام، لاستناده إلى تحقيق مضت عليه هذه المدة، لتغير الظروف القانونية كصدور تشريع جديد أو تعديل لتشريع قائم منظم لنزع الملكية، أو تغيّر الظروف الواقعية كتعديل أقتصاديات العملية، أو تحديد الثمن المحتمل، والزم الإدارة اجراء تحقيق جديد(٢).

جدير بالذكر، فأن القرار الإداري سواء أكان لازماً تسبيبه كإجراء شكلي أم لم يكن كذلك، فأنه يجب أن يقوم على سبب مبرر في الواقع، وهذا السبب هو الذي يدفع الإدارة على التدخل بقصد احداث اثر قانوني، وهو محل القرار وبهدف تحقيق غاية القرار وهي المصلحة العامة.

---

(١) قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥٢/٣/١٢، نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الاداري من غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص ١٢٨.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٢/١/٢٣، نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص١٢٩.

٥- الرقابة القضائية على ركن الغاية

ان الغاية في تحقق النفع العام هو النتيجة النهائية التي يسعى القانون إلى تحقيقها من وراء اصدار القرار، وفيما يتعلق بقرار تحقق النفع العام، اخراج مشروع معين إلى حيّز الوجود بالشكل الذي يسهل أو يمكّن الإدارة من تقديم الخدمات الصحية أو التعليمية أو خدمات الماء أو الكهرباء أو تسهيل حركة المرور والنقل أو تحقيق الأغراض العسكرية أو الأمنية وغيرها من الأغراض[١].

والإدارة حينما تفصح عن ارادتها بتحقق النفع العام، فإن هذا الافصاح يجب أن لا يكون إلا وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي النفع العام، ومن ثم تحقيق الصالح العام وحده، فلا بد أن يكون انشاء مشروع معين من شأنه تقديم خدمة جديدة أو تحسين طريقة تقديم هذه الخدمة في مرفق قائم، أو تحسين حي أو مدينة مثلاً، فهذا العمل بلا ريب يمثل فائدة ضرورية للمجتمع، لهذا ما برحت فكرة النفع العام تمثل مداراً لسلطة الإدارة في نزع الملكية وجوداً أو عدماً[٢].

ومن الضروري القول أن المصلحة العامة تشكل القيد والاطار الذي يحيط تصرفات الإدارة القانونية والمادية كافة، مما يحتّم عليها ألا تتجأوز نطاقه. وهذا القول لا ينفي قيام المشرّع أحياناً بتحديد هدف خاص تلزم الإدارة باستهدافه في قراراتها لكي لا تكون الإدارة حرة في اختيار أهدافها، لأن فكرة النفع العام والمصلحة العامة فكرتان واسعتان تحتملأن التأويل والاجتهاد، وتختلفان من حين لآخر ومن مكان لآخر، فضلاً عن هذا فإن يؤدي دوراً مهماً في تحديد الهدف المخصص من القرار الإداري اذا أغفل المشرّع بيان هذا الهدف في التشريعات المختلفة[٣].

---

(١) عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على اعمال الادارة، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص٢٩٢.

(٢) ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، مرجع سابق، ص٤٠٦.

(٣) سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٩، ص٤١.

ويبدو تلمس هذا العيب في قرارات تحقق النفع العام جلياً من خلال رقابة القضاء الإداري، بل ان هذه الرقابة كانت تشكل العنصر الوحيد الذي يمكن التوصل من خلاله إلى إلغاء القرار نظراً لسلطة الإدارة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها في هذا الامتياز.

لهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية قرار الإدارة نزع ملكية مباني قديمة وأرض فضاء بمساحات كبيرة، بعدما تبيّن له أنها قامت بتقسيمها وبيعها أو عرضها للبيع، اذ ان الإدارة في هذا استعملت سلطة نزع الملكية تحقيقاً لأغراض تجارية ومالية(١).

كما قضى المجلس أيضاً بأن لجوء الإدارة إلى نزع ملكية أرض للتخلص من الأوزار المالية التي تترتب على اعادتها إلى سيرتها الأولى، يشكل إستعمالاً لسلطة نزع الملكية في غير ما أُعدت له(٢).

اما في لبنان فان مجلس شورى الدولة يبطل مراسيم تصديق التخطيط اذا تبين انه لمصلحة خاصة، وأكد هذا في قرار له اذ جاء فيه "يقتضي رد المراجعة لأن الجهة المستدعية لم تثبت أن الغاية من عمل الإدارة كانت عند اقرارها المرسوم المطعون فيه"(٣).

فضلاً عن هذا فإن انحراف الإدارة في إستعمال سلطة نزع الملكية يظهر عندما تحأول الإدارة فض نزاع متفاقم بين الأفراد بشأن ملكية عقار معين، فتلجأ إلى نزع ملكية العقار انهاء لهذا النزاع، فيما لا ريب فيه أن هذا العمل يشكّل اعتداء من الإدارة على اختصاصات القضاء وانحرافاً عنها في إستعمال السلطة.

هذه هي اهم الرقابات التي يمارسها القضاء الإداري على قرار تحقق النفع العام، اما فيما يخص رقابة القضاء في تقدير التعويض ونزع الملكية فهو كالاتي:

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩١٧/٤/٢٧، المجموعة ص٣٣٥. نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٢٥/٨/١٧، المجموعة ص١٩٣. نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٣) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم١٣، بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢٢، مجلة القضاء الاداري، ص٤٤٨.

الفرع الثاني: على مستوى تقدير التعويض ونزع الملكية

أولاً: تقدير التعويض

يحتل قرار التعويض المرتبة الثانية في ترتيب صدور قرارات نزع الملكية للنفع العام بعد قرار تحقق النفع العام وقبل قرار نزع الملكية.

وكما هو شأن بقية القرارات كان هذا القرار محلاً لرقابة القضاء عليه لبيان مدى عدالة التعويض المقرر عند نزع الملكية.

سنتطرق بتفصيل أوسع بموضوع التعويض في المبحث الثاني من هذا الفصل لذلك سنقتصر بحثنا هنا عن الرقابة القضائية على تقدير التعويض.

ففي فرنسا، ان تقدير التعويض عن نزع الملكية في القانون الفرنسي، يجري بالاتفاق بين الجهة طالبة نزع الملكية وصاحب العقار أوالحق العيني الأصلي، وفي حالة تعذر الوصول إلى اتفاق بهذا الشأن يعرض الأمر على قاضي نزع الملكية ليتولى تحديد التعويض، وذلك بطلب يقدم له وترسل نسخة منه إلى الخصم الآخر للعلم به والرد عليه(١).

ويقبل قرار القاضي بنزع الملكية الطعن بالاستئناف سواء أكان قرار القاضي متعلقاً بالتعويض أو بالايقاف أم باشكالات التنفيذ(٢).

ويعتبر المشرّع الفرنسي الطعن في قرار قاضي نزع الملكية، بمثابة استئناف يُنظر أمام دائرة خاصة بالمحكمة الاستئنافية، وهذا الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف يقبل الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ صدوره، وذلك أمام محكمة النقض، ويكون حكم هذه المحكمة الأخيرة باتاً(٣).

اما في العراق، فلم يجز قانون الاستملاك النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل وسابقه، الاعتراض على قرار تقدير التعويض استقلالاً عن قرار نزع الملكية ، وبذلك فإن الطعن في

---

(١) نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٢) نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٩٧.

(٣) نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٩٩.

قرار تقدير التعويض يتبع الطعن قضائياً بقرار نزع الملكية، أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لتفهيمها ان كانت وجاهية، وتبليغها ان كانت غيابية، ولا يقبل الطعن في القرار التمييزي بطريق تصحيح القرار. هذا وقد قضت محكمة التمييز ان قرار الكشف والتثمين ليس من القرارات القابلة للتمييز بمفردها، وانما يطعن به تبعاً للحكم عند تمييزه[1].

ونعتقد أنه يجب ان تتعدد مراحل الطعن في قرارات نزع الملكية للنفع العام ومنها قرار التعويض، فلماذا يحرم الأفراد من الطعن في القرارات بطريق تصحيح القرار مثلاً؟ على الرغم من أن قرارات نزع الملكية عامة وقرار تقدير التعويض خاصة تتعلق بأهم الحقوق لدى الأفراد وهي حقوقهم في الملكية العقارية، فلا بد من أن تتعدد مراحل التقاضي حفاظاً على هذه الحقوق.

كذلك ان اتاحة امكانية الطعن بقرار تقدير التعويض أمام القضاء الإداري يشكّل أمر ضرورياً، وذلك تسهيلاً لأصحاب العقارات والحقوق العينية الأصلية في الوصول إلى حقوقهم من جهة، ويسهل مهمة القضاء في حسم القضايا من جهة أخرى. كما يساعد في تمييز مراحل نزع الملكية للنفع العام إلى ثلاثة مراحل، كل مرحلة يكون القرار الصادر فيها قابلاً للطعن بمفرده أمام القضاء الإداري. تحقيقاً لمبدأ كفالة التقاضي الذي يُعدّ من المبادىء الدستورية المهمة.

ثانياً: نزع الملكية

يُعدّ قرار نزع الملكية عملاً قانونياً من شأنه تمكين الإدارة من حيازة عقار، ونقل ملكيته من الملكية الخاصة لأشخاص القانون الخاص إلى الملكية العامة للدولة أو أحد أشخاص القانون العام، فحيازة الإدارة للعقار قبل صدور قرار نزع الملكية يجعلها غير مشروعة.

(١) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ٢٧٥/ حقوقية ثانية/ ٩٧١، بتاريخ١/٣/١٩٧١، النشرة القضائية، العدد١، ١٩٧٢، ص ١٥٥.

وعليه فقرار نزع الملكية هو الاجراء النهائي المعوّل عليه من الإدارة، لتحصل على العقار أو الحق العيني الأصلي، بما من شأنه انهاء الملكية الخاصة لصاحب العقار أو الحق العيني الأصلي، واحلال ملكية عامة محلها.

وبهذا الخصوص فان قرار نزع الملكية قرار منشىء لحق عيني، وهو حق ملكية الدولة للعقار المنزوع ملكيته، بعد ايداع القرار في دائرة التسجيل العقاري، اذ يجري تسجيل العقار باسم الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

ففي فرنسا يعّد قرار نزع الملكية أمراً ولائياً على عريضه، يصدر من قاضٍ متخصص هو قاضي نزع الملكية، ولا يعتبر بالحكم القضائي لأنه لم يفصل في خصومة، وهذا الأمر الولائي يجوز الطعن به بالنقض من دون الاستئناف(١).

ويجب على القاضي قبل اصدار نزع الملكية، التأكد من اكتمال الاجراءات السابقة، أي أنها تضمنت التحقيق السابق على قرار تحقق النفع العام، ثم صدور قرار تحقق النفع العام، ثم التحقيق السابق على الحصر، ثم قرار الحصر، وبخلاف ذلك لا يمكن اصدار قرار نزع الملكية، إلا إذا اكتملت مراحل العملية وجرى تنفيذها(٢).

اما في العراق فلم تستقر قوانين نزع الملكية للنفع العام على تحديد طبيعة قرار نزع الملكية، فكان تارةً في بعض القوانين قراراً ادارياً، وكان تارةً أخرى حكماً قضائيا.

انفرد المشرّع في قانون الاستملاك الملغى رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠، بأن جعل قرار نزع الملكية للنفع العام قراراً ادارياً يصدر عن المتصرف بعد انتهاء اجراءات نشر وإعلان قائمة التثمين للعقارات والرسم التخطيطي لها في مقر المتصرفية أو القائمقامية أو في مركز الناحية لمدة عشرة أيام من دون اعتراض أصحاب العقارات وقد أطلق المشرّع على هذا القرار قرار انتهاء مراحل الاستملاك، وبعدها يحال القرار إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة لتسجيل العقار باسم الإدارة(٣).

---

(١) نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص١٠٢.

(٢) نقلاً عن حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص١٠١.

(٣) راجع المادة ١١ الفقرة الاولى من قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠.

أما إذا قدّمت الإدارة أو أصحاب العقارات أو الحقوق العينية الأصلية اعتراض بشأن البيانات الواردة في قائمة التثمين فإن على المتصرف أن يحيل الأوراق والاعتراضات إلى محكمة بدء موقع العقار لتتولى الفصل فيها واصدار قرار انتهاء مراحل الاستملاك عندما يصبح قرار نزع الملكية للنفع العام حكماً قضائياً(١).

ان ما يهمنا في هذا الموضوع هو معرفة الرقابة التي مارستها محكمة التمييز على هذا القرار بصفته قراراً ادارياً لا بصفته حكماً قضائياً ، فلقد بيّن هذا القانون ان صدور هذا القرار لا يمنع الطرفين من مراجعة المحكمة عن أي مخالفة لأحكامه. اذ أجاز هذا القانون الطعن في هذا القرار أمام محكمة بداءة موقع العقار اذا ما شاب هذا القرار اي عيب من عيوب القرار الإداري الخمسة. ولكن وبما أن القضاء عندنا كان قضاءً موحداً فإن محكمة التمييز قد مارست الرقابة على مشروعية هذا القرار.

وبعد صدور قانون الاستملاك السابق رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠، أحدث المشرّع تغييراً جذرياً على صعيد اجراءات نزع الملكية، فبعد أن كانت هذه الاجراءات ذات طابع اداري بحت، تحولت إلى اجراءات قضائية، اختفى فيها قرار تحقق النفع العام، كما أضحى فيها قرار نزع الملكية صادراً عن القضاء .

وبناء على هذا فإن الرقابة القضائية على هذا القرار، أصبحت خاضعة لقواعد الطعن في الأحكام القضائية، اذ أن هذا القرار كان خاضعاً للطعن أمام محكمة التمييز في بادىء الأمر.

اما بعد صدور قرار الاستملاك النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ فقد اناط المشرّع اختصاص الطعن في قرار نزع الملكية امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، وراقبت هذه المحكمة الأحكام المتعلقة بنزع الملكية للنفع العام كونها أحكاماً قضائية.

وكانت أوجه الرقابة التي مارستها محكمة التمييز غالباً ما تنصب في قرار تقدير التعويض، لأن المشرّع في هذا القانون وسابقه لم يجز الاعتراض على هذا القرار بمعزل عن

(١) راجع المادة ١٢ الفقرة الاولى والثانية والثالثة من قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠.

قرار نزع الملكية، وقد أكدت محكمة التمييز هذا الأمر في حكمها الذي بيّنت فيه "ان قرار الكشف والتثمين ليس من القرارات القابلة للتمييز بمفردها وانما يطعن فيه تبعاً للحكم عند تمييزه"(١).

فضلاً عن الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التقدير والأسس التي اتبعتها هذه الهيئة في تقدير العقار أو الحق العيني الأصلي، كما تنأولت هذه الرقابة ما يتعلق باحتساب الربع المجاني(٢)، والمسائل الأخرى الماسة بالمدد وتبليغ ذوي الشأن بقرار نزع الملكية.

خلاصة القول إن الإدارة أو من يقوم مقامها عندما تضع يدها على عقار مملوك ملكية خاصة دون أن تكون معتمدة في عملها على سند قانوني صحيح ودون أن تتبع آليات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة تكون قد ارتكبت اعتداءاً على الملكية الخاصة.

ان القضاء هو المعني بدفع الاعتداء من جانب جهة الإدارة وهو حامي الملكية الخاصة وحارسها من كل مساس أو اعتداء من قبل الإدارة أو من يقوم مقامها، وهكذا يحق لأصحاب الملكية الخاصة طلب حماية القضاء كلما تعرضت حق الملكية لاعتداءات، فعمل الإدارة إذا لم يتم في إطار قانوني سليم يعد عملاً مادياً وبعيداً كل البعد عن طبيعته الإدارية.

فإذا استولت الإدارة على عقار مملوك ملكية خاصة دون أن يكون تدخلها مسبقا بقرار تعلن فيه عن المنفعة العامة، يعد هذا اعتداءاً وانتهاكاً لحق الملكية الخاصة ويحق للقضاء آنذاك طرد الإدارة من العقار مادام إن الإدارة بتصرفها هذا قد غيرت الوضع إلى وضع غير

---

(١) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ٢٧٥ / حقوقية ثانية/ ٩٧١، بتاريخ ١٩٧١/٣/١، النشرة القضائية، العدد١، ١٩٧٢، ص١٥٥.

(٢) الربع المجاني: تنص المادة (٣٧) من قانون الاستملاك العراقي النافذ على "يستملك بدون بدل ما لا يتجاوز ربع مساحة ارض العقار، اذا ثبت لهيئة التقدير تحسن موقع او منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك، ويقتصر التعويض في هذه الحالة، على ما تشتمل عليه المساحة المستملكة من منشأت ومغروسات.

اما المادة (٣٧) من قانون الاستملاك اللبناني النافذ فتنص "١- تضم الى الاملاك العمومية العقارات واجزاؤها الداخلة في نطاق تخطيط انشاء الطرق والساحات العامة او تعديلها او توسعيها.

٢- يفترض مبدئيا ان يلحق الاجزاء الباقية من العقارات المصابة بالتخطيط تحسين في قيمتها، فاذا كانت مساحة الجزء المصاب اقل من ربع مساحة العقار ضمت الى الاملاك العمومية دون تعويض باستثناء التعويض المتوجب عن المغروسات والابنية والانشاءات اما اذا زادت عن ربع مساحة العقار فتحدد قيمة الزائد على اساس السعر الرائج بتاريخ صدور قرار لجنة التخمين البدائية.

صحيح ويكون للقضاء إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وإرجاع الأمور إلى طبيعتها ووضعها الصحيح.

وعليه، ونحن بصدد استعراض موقف القضاء من حماية الملكية الخاصة عن نزع الملكية للمنفعة العامة، أن هناك دور بالغ الخطورة للقضاء في مجال مراقبة أعمال الإدارة وتقديرها لشرط المنفعة العامة، وقد تأكد الدور القضائي الهام كذلك في الموقف الذي اتخذه في حالة الاعتداء من قبل الإدارة على العقار المستولى عليه بطريقة غير قانونية، فصحة كل عمل ترتبط بمدى أحترامه لقواعد القانون، ومادامت قواعد نزع الملكية للمنفعة العامة من النظام العام فلا يمكن مخالفتها.

ختاماً وبعد التعرف على دور الرقابة القضائية على قرار نزع الملكية للنفع العام بكافة مراحلة، لابد ان يأخذ القضاء بنظر الإعتبار مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهذا ماسوف نتطرق اليه في المطلب التالي:

المطلب الثاني: نظرية الموازنة ودورها في حماية الملكية

شهدت فكرة النفع العام تغيراً كبيراً في مفهومها، إلا أن هذا التغير لم يجرِ دفعة واحدة وانما على مراحل متعددٍة.

ففي المرحلة الأولى ربط مجلس الدولة الفرنسي بين فكرة النفع العام وفكرة المرفق العام، ثم حأول توسيع مضامين فكرة النفع العام لتشمل فكرة أخرى أوسع مدى من مدلول فكرة النفع العام، وهي فكرة الصالح العام أوالمصلحة العامة[1].

وفي أوج التطور الذي بلغه المجلس في رقابته على قرارات تحقق النفع العام شيّد نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار عام ١٩٧١ والتي على أساسها لا يكون قرار تحقق

(١) نبيلة عبد الحليم، دور القاضي الاداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلسي الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٠.

النفع العام مشروعاً إلا إذا كانت المنافع التي يحققها نزع ملكية العقارات الخاصة لاقامة المشروعات الخدمية، أكبر من الأضرار الناتجة عنها[١].

وقد أصبح القاضي الإداري يضع بالحسبان عند نظر القرار، مدى الأضرار التي يمكن أن يلحقها القرار بالمصالح الخاصة من جهة، والفوائد التي يحققها من جهة أخرى، فإذا تبيّن له أن اضرار القرار بالمصالح الخاصة تفوق المنافع المرجوة منه فان قرار الإدارة يغدو غير مشروع[٢].

وقد تضمّنت عناصر هذه الرقابة الاعباء المالية التي يمكن أن تتحمّلها الإدارة جراء القيام بالمشروع ولا سيما الوحدات الإدارية الإقليمية، فمن الطبيعي أن قدرة وامكانية هذه الوحدات تقل عما يمكن أن تتحمله السلطة الإدارية المركزية في العاصمة، فإذا كان المشروع يحمّل هذه الوحدات ما لا قدرة لها عليه مالياً فإنه يحكم بإلغاء القرار.

فضلاً عن هذا فإن التأثيرات البيئية التي تنجم عن المشروع الذي يتطلب نزع الملكية تعدٍ عنصراً بارزاً من عناصر هذه الرقابة، اذ أن القرار المتعلق بتحقق النفع العام يكون معرّضاً للالغاء إذا كانت تأثيراته في البيئة الطبيعية سلبية.

هذا ولم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بالموازنة بيبن المنافع والأضرار، وانما توغل عميقاً في رقابته ولجأ إلى الموازنة بين المنافع العامة المتعارضة[٣].

لقد كان ظهور هذه النظرية يمثل ردّ فعل على السلطة التقديرية الواسعة التي كانت تتمتع بها الإدارة في مناحٍ عديدة فيما يتعلق بنزع الملكية للنفع العام، فقد كان للإدارة:

١ــ اختيار الموقع الذي تراه مناسباً للمشروع من غير تعقيب من القضاء على هذا الاختيار.

---

(١) قرار مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ ١٩٧١/٥/٢٨، نقلاً عن مارسو لون وآخرون، أحكام المبادىء في القضاء الإداري الفرنسي، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١، ص١٠٩ ومابعدها.

(٢) وهذا بنظرنا يشكل دعامة أخرى لحماية الملكية الخاصة من استملاك غير جدي نظراً لمضاره الكثيره.

(٣) قرار مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ١٩٧٢/١٠/٢٠ في قضية، نقلاً عن مارسولون وآخرون، مرجع سابق، ص٦٣٩ و٦٤٠.

٢ـــ اختيار المساحة المناسبة اذ ان ذلك يدخل في المسائل التي تختص بتقديرها الإدارة وعلى وفق نواح فنية لا يستطيع القاضي فيها الحلول محل الإدارة.

٣ـــ اختيار وقت القيام بتنفيذ هذا المشروع طالما لم تتغير الظروف التي تبرر اتخاذ القرار.

لذا كان من الطبيعي أن تكون هذه الرقابة مثار جدل فقهي، وخلاف بشأن ردّها إلى نوع أو آخر من أنواع الرقابة، فجانب يرى فيها نوعاً جديداً من أنواع الرقابة على مشروعية القرار، وكيّفها جانب آخر من الفقه بأنها رقابة على ملاءمة القرار(١).

ولكننا نرى في هذه الرقابة نوعاً من أنواع الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على ركن الغاية في القرار الإداري للتأكد من أن القرار المتعلق بتحقق النفع العام سيتجه نحو هدفه المقصود وهو تحقيق المنفعة العامة والهدف المخصص الذي حدده القانون، لأن القرار الذي تغلب مضاره على فوائده لا يحقق المصلحة العامة.

نستنتج من كل ما سبق ان رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار ليست سوى صورة من صور رقابة المشروعية ولكن بوجه جديد ظهر إلى حيز الوجود في بداية السبعينات من القرن المنصرم، واستكمال للمراحل التي سلكها القضاء الإداري في فرنسا على صعيد رقابة المشروعية في القرار الإداري.

لذلك عرفت نظرية الموازنة بأنها "تعني مقارنة أو موازنة النتائج الايجابية لتدبير اداري معين مع السلبيات التي يخلفها، وبالتالي فلا يكون هذا التدبير شرعياً وواقعياً في محله الا اذا رجحت ايجابياته على سلبياته، وهذا مايشكل حماية اضافية للملكية الخاصة"(٢).

من خلال التعريف السابق يتضح لنا ان الرقابة القضائية تتم من قبل القاضي الإداري في انه يجب ان يكون المشروع المقترح من قبل الإدارة يحقق منفعة عامة، اي ان القاضي يقوم بالتأكد من الهدف الذي تطالب من اجله الإدارة لنزع الملكية وهو المنفعة العامة لتكون العملية مشروعة .

---

(١) ماهر صالح علاوي الجبوري، الرقابة على تحقق النفع العام في قرارات الاستملاك- دراسة مقارنة-، مجلة العلوم القانونية، العدد١، المجلد العاشر، ١٩٩٤، ص ٦٧.

(٢) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٦٩٥.

كذلك لابد من التاكد من جانب القاضي على ان قرار نزع الملكية ضروري ولازم، اي انه يراقب ضرورة تحقق المنفعة العامة في موقع العقار الذي سوف تنزع ملكيته دون سواه[١].

بالرغم من اهمية هذه النظرية في حماية ملكية الافراد وحرياتهم الخاصة، الا ان تطبيق هذه النظرية محدود للغاية بل ويصل الى حد التعطيل في تطبيقها لذلك لابد من معرفة كيفية تطبيق هذه النظرية وكما ياتي:

الفرع الأول: دور محدود

تبرز اهمية نظرية الموازنة في ان رقابة القاضي بأن يرى اذا كان تنفيذ المشروع يرتب اضراراً مفرطة من ناحية التعدي على الملكية الخاصة أو الكلفة الأقتصادية مقارنة بالمنفعة العامة المرجوة من ذلك المشروع، بحيث تؤدي الى ابطال العمل بمجرد ان تكون سيئاته تفوق فوائد، لكن ورغم ذلك فأن الرقابة التي تنجم عن هذه النظرية هي رقابة محدوده وخفيفة الوطأة.

ففي فرنسا التي تعتبر المكان الأساسي لنشوء هذه النظرية، فمنذ نشوئها في عام ١٩٧١ ولحد الأن لم نلحظ سوى بعض الاجتهادات التي اصدرها القضاء الفرنسي والتي لاتتجأوز الستة اجتهادات بخصوصها[٢]. ففي قرار لمجلس شورى الدولة الفرنسي في قضية"Ville Nlle Est" التي تتلخص كما يلي:

قررت الحكومة الفرنسية سنة ١٩٦٦ إنشاء مجموعة سكنية وجامعية شـرق مدينـة Lille المكتظة تتألف من عشرين ألف مسكن لحوالي ثلاثين ألف طالب.

ولتنفيذ هذا المشروع، كان على الحكومة استملاك مساحة خمسمائة هكتار ومـائتين وخمسين منزلاً وحددت كلفته بمليار فرنك. وبسبب اعتراض قسم من الأهالي على المشروع

(١) رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٣١٠.
(٢) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٦٩٥.

رفعت القضية إلى مجلس الشورى الذي اعتمد أسلوباً جديداً في رقابة المنفعة العامة إذ وازن بين حسنات وسيئات المشروع وقرر ما يلي:

"لا يمكن اعتبار عملية ما من المنفعة العامة قانونية، إلا إذا كان الحد من الملكية الخاصة والكلفة المالية والمحاذير الإجتماعية التي تحتملها لا تبلغ حد الإفراط... نسبة للمنفعة التي تنطوي عليها. ومع الأخذ بالحسبان أهمية المشروع لا ينزع عن العملية صفة المنفعة العامة أمر تدمير ماية منزل"(١).

وفي لبنان، تبنى مجلس شورى الدولة اللبناني نظرية الموازنة في قرار له اذ جاء فيه "بما أنه من الثابت علماً واجتهاداً أن الاستملاك يجب أن يتم لتحقيق المنفعة العامة وأن هذه المنفعة العامة يجب أن تبدو واضحة وأنه على الإدارة المستملكة أن تتقيد لهذه الغاية بمقتضيات المصلحة العامة..

وبما أن مفهوم المنفعة العامة وتحديدها يستندان في أي حال ليس فقط إلى موضوع الاستملاك وغايته، بل وأيضاً إلى النتائج المتآتية من جرائه على مختلف الصعد فردية كانت أم جماعية أم مالية، على أن لا تكون لهذه النتائج انعكاسات سلبية هامة يترتب عليها إزعاج كبير يتعدى كثيراً المنفعة المتوخاة من الاستملاك. ولكي تكون هذه المقارنة أو الموازنة إيجابية يجب أن تكون المنفعة المتوخاة من الاستملاك منسجمة ومتلائمة مع الاحتياجات الحقيقية والواقعية للإدارة المستملكة إضافة إلى توافقها مع كافة القواعد القانونية الراعية لها"(٢).

وفي قرار اخر لمجلس شورى الدولة جاء فيه "ان تخطيط الطريق من الناحية الفنية، هو أمر يتعلق بالإدارة المختصة، ولايملك المجلس صلاحية البت في ملاءمته أو حسن اتجاهه، لأن هذه الامور تعود اصلاً الى تقدير الإدارة واستنسابها، وما اذا كان الطريق المنوي انشاؤها أو توسيعها ضرورية ونافعة، ما خلا حالة تحوير السلطة أو اساءة إستعمالها، أو كانت المسأوئ والاضرار التي قد تنجم عن تنفيذ التخطيط ، تفوق وتغلب المنافع المرجوة

(١) راجع، هيام مروة، مرجع سابق، ص١٢٠.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٢٨، بتاريخ ١٩٨٨/٢/١٨، مجلة العدل، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص١١٤.

منه... وانه على فرض أن هناك ضرراً قد ينتج عن تنفيذ الطريق، موضوع التخطيط المطعون فيه، فأنه، في ضوء عرض هذا التخطيط والاشغال التي يستلزمها شق الطريق وتعبيدها، اضافة الى موقعه البعيد عن المنطقة المحمية، بموجب القرار ٢٥٢٨/ص، وبمعزل عن استمرار نفاذ القرار ام الغائه، فأن هذا الضرر لايتناسب مع المنفعة العامة التي سيحققها التخطيط، في حال اجراء الموازنة بين المنافع والاضرار"(١).

وفي قرار اخر له جاء فيه "بما انه، ودائماً في اطار التوسع في مفهوم المنفعة العامة، فأن تطور وظائف الدولة ادى الى تحول في هذا المفهوم ليصبح قائماً على فكرة جديدة تتعلق بالمنفعة الأقتصادية وليس على اساس المواجهة بين المنفعة العامة والمنفعة الخاصة"(٢).

وعليه وبناءاً على ماتقدم وبالرغم من هذه القرارات التي ذكرت فأنه يبقى تطبيق هذه النظرية محدود، ففي قضايا نزع الملكية للنفع العام التي تعتبر المجال المناسب لتطبيق هذه النظرية، فقد نجدها بأن مشروع معين لايحقق المنفعة العامة حقيقةً الا اذا كان الضرر اللاحق يتمثل في الملكية الفردية والتكاليف المالية، وعند الاقتضاء، الاضرار ذات الطابع الإجتماعي الناجمة عنه، لاترجح كفتها على المنفعة المتوخاة منه، فقد تقتضي المصلحة العامة مثلاً القيام بشق أوتسترادات، فتتوقف مشروعية هذه الأعمال القانونية بتفوق ايجابياتها على سلبياتها، من دون البحث عن امكانية المضي بمشروع اخر يطرح فوائد مشابهة وانما بنسبة اقل من السيئات(٣).

الفرع الثاني: دور معطل

يعتبر دور الموازنة بين المنافع والاضرار معطل في بعض المناسبات، ففي العراق نرى ان عدم فعالية الرقابة القضائية على قرار تحقق النفع العام وخصوصاً بعد صدور قانون

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٣٨٣، بتاريخ ٢٠٠٢/٢/٢، مجلة القضاء الاداري، العدد السابع عشر، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص٥٢١.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٣٥٩، بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٥، مجلة القضاء الاداري، العدد العشرون، ٢٠٠٨، ص٦٤٩.

(٣) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٦٩٥.

الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المُعدّل الذي سلب كل أنواع الرقابة ولا سيما الرقابة القضائية على تحقق النفع العام في طلبات الإدارة بنزع الملكية للنفع العام.

ولما كان هذا حال الرقابة القضائية في العراق فلم يكن من المتصور أن نجد لرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار أي أثر يذكر، طالما أن الرقابة القضائية بحدها الأدنى منتفية، وفي طبيعة الحال ان الإدارة كثيراً ما تتجأوز على أملاك الأفراد العقارية أو حقوقهم العينية الأصلية وتستولي عليها وتضمها إلى أملاكها من غير أن تعوض أصحابها فتتركهم وراءها يطالبون ويطالبون من دون جدوى.

فقد جاء قانون الاستملاك في المادة ٩ منه على ان "لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي يحق لها استملاك العقار قانوناً ان تطلب استملاك اي عقار أو جزء منه أو الحقوق العينية الاصلية المتعلقة به وفق احكام هذا القانون لتنفيذ مشاريعها وتحقيق اغراضها".

اما المادة العاشرة منه فنصت "على المستملك، تقديم طلب الاستملاك الى محكمة بداءة موقع العقار، يؤيد فيه عدم وجود مانع تخطيطي أو قانوني من الاستملاك، باستثناء الاستملاك للاغراض العسكرية"

يتضح لنا بأن بمجرد تقديم الطلب من قبل المستملك هو قرينة على ان المنفعة العامة متحققة، وبالتالي اعطى هذا الامر حرية مطلقة للإدارة في تقدير المنفعة العامة من سواها.

لذلك لم نلحظ اي اجتهاد لمجلس شورى الدولة فيما يتعلق بنظرية الموازنة وخصوصاً ان المحاكم العدلية هي من تنظر في دعأوى الاستملاك(١).

ونعتقد اننا في هذا الوقت بأمس الحاجة إلى اعادة النظر في تشريع نزع الملكية للنفع العام كلية بما يتيح امكانية الطعن في قرار تحقق النفع العام للتبيّن من مدى التزام الإدارة بتحقيق النفع العام من جهة، وشمول رقابة القضاء ورقابة الموازنة بين المنافع والأضرار من جهة اخرى، لما تنطوي عليه هذه الرقابة من مزايا لأنها تأخذ بالإعتبار مدى المنافع التي

---

(١) المادة (٦١) من قانون الاستملاك العراقي النافذ "تكون القرارات النهائية والاحكام الصادرة، بموجب هذا القانون، قابلة للتمييز لدى محكمة الاستئناف خلال خمسة عشر يوما، من اليوم التالي لتفهيمها، ان كانت وجاهية، او تبليغها ان كانت غيابية، ولا يقبل الطعن في القرار التمييزي بطريق تصحيح القرار".

يحققها القرار وتقارنه بالأضرار الناجمة عنه من النواحي الإجتماعية، فنجد أن نزع الملكية يمكن أن يصيب الافراد بالضرر وهم بأمس الحاجة إلى عقارات تأويهم وتحافظ على كرامتهم لأنهم من أفراد الطبقة البسيطة، ولا شك أن التعويض المقرر لهم في مثل هذه الظروف الأقتصادية الصعبة يكون غير مناسب. ومن ناحية اخرى فعالم اليوم اصبح يعطي النواحي الأقتصادية أهمية قصوى فلا بد أن تكون المزايا الأقتصادية المتأملة من المشروع تفوق التكاليف والأعباء التي تحمّلتها الإدارة لاقامته. أما من الناحية البيئية فإن المحافظة على المسطحات الخضراء والمناطق الزراعية والحدّ من زحف المدن إلى الريف والمناطق الزراعية، لا يمكن أن يجري إلا باعتناق هذه النظرية.

إننا نعتقد أن الموازنة بين المنافع والأضرار تمثل هدفاً خاصاً يبتغيه المشرّع في قانون نزع الملكية للنفع العام، ولم يذكر هذا صراحة وإنما تولى القضاء الإداري بيان هذا الهدف الخاص ضمن اطار الهدف العام وهو تحقيق المصلحة العامة فكل قرار لا يتناسب مع هذا الهدف الخاص الذي استنبطه القضاء لا يكون مشروعاً.

ولكن بالرغم من النجاح الظاهري الذي نسب الى هذه النظرية، الا انها لم تحقق الامال التي عقُدت عليها اذ ان تطبيقها كان خجولاً في الميادين ذات الحساسية السياسية المرتفعة، كما انها في مجال الاستملاك الذي يعتبر مجالها المناسب للتطبيق، فأن وضعها موضع التنفيذ لم يطل الا بعض المشاريع القليلة الاهمية.

وعليه نستخلص بأن الرقابة التي كرستها نظرية الموازنة تبدو مصطنعة للغاية، فهي كالفزاعة التي نحركها بصخب عارم لنطرد بواسطتها العصافير، في حين نتركها جانباً عندما تحوم في الافق ظلال سياسة مشاريع كبرى ذات ابعاد وطنية وقومية.

وأن اساءة إستعمال السلطة من قبل الإدارة هي الخطر في ذاته عند الاستملاك، فأن لم تحترم الإدارة الضوابط والقوانين التي حددت من اجل ذلك وقامت بالتعدي على الملكية الخاصة من دون وجهة حق، فأن للافراد الحق في مراجعة القضاء لينصفهم ويحمي لهم حقوقهم وحرياتهم وملكياتهم الخاصة.

خلاصة القول انه في حالة أحترام الإدارة لشروط الاستملاك الثلاثة (إعلان منفعة عامة، تعويض عادل، وجود مصلحة عامة)، ولكن تبين ان هذا الاستملاك ينزل الضرر والتعدي على ملكيات خاصة (تعدي غير مباشر)، فقد اتت نظرية الموازنة كوسيلة غير مباشره من اجل حماية الملكية الخاصة وخصوصاً اذا تبين للقاضي الإداري ان هذا

الاستملاك غير ذي نفع ولا مصلحة عامة ترتجى منه. لذلك يوقف هذا الاستملاك من قبل القاضي لأنه يعتبر اعتداء قانوني على الملكية الخاصة.

ولكن، السؤال الذي يترأود بالذهن، من هو القضاء المختص للنظر في حالة اذا انتهكت الإدارة الملكية الخاصة وتعدِت عليها؟ هل هو القضاء العدلي ام الإداري؟ وماهي سلطات هذا القضاء لضمان عدم التعدي على الاملاك؟ للاجابة على هذه التساؤلات لابد لنا من بحث اختصاص كل من القضاءيين العدلي والإداري ومعرفة سلطاتهم على الإدارة، وهذا ماسوف ندرسه في المبحث القادم من هذا الفصل.

المبحث الثاني
المحاكم المختصة للنظر في التعدي

انطلاقاً من مبدأ ان القاضي العدلي هو حامي الملكية الخاصة والحرية الفردية، فيختص القضاء العدلي بالنظر في دعوى الاعتداء، لأنه يعتبر ذات اختصاص واسع وشامل يملك بمقتضاه الحكم على الإدارة كما على الافراد العاديين، فيطبق عليها قواعد القانون الخاص ولا يتقيّد في ذلك بقواعد القانون العام.

لكن لابد ان ترد على هذا الاختصاص الواسع والشامل بعض القيود التي تحد من شموليته والتي من شأنها أن تقلل من حجم الخطأ الذي تقوم به الإدارة، ليبدو عيباً بسيطاً غير جسيم تختص بالنظر به المحاكم الإدارية. والسؤال الذي يطرح هنا هو هل ان الخطأ في التعدي يعتبر خطأ جسيم أو بسيط؟ واي نوع من المحاكم هي التي تختص بالنظر في دعواه؟ وللاجابة على هذة التسأولات لابد لنا من معرفة اختصاص كل من المحاكم العدلية والمحاكم الإدارية، وهذا ماسوف نبحثه تباعاً وكما ياتي:

المطلب الأول: دور القضاء العدلي للنظر في التعدي

سنقسم هذا المطلب الى فرعين بحيث نتعرف على اختصاص المحاكم العدلية بالنظر في دعوى التعدي وسلطاتها على الإدارة في فرع أول، واختصاص القضاء المستعجل كونه احد فروع القضاء واهميته في دعوى التعدي بفرع ثاني.

الفرع الأول: دور القاضي العدلي

للمحاكم العدلية اختصاص واسع في حماية الملك الخاص، ولها سلطات واسعة بوجه الإدارة في حالة تعديها على الاملاك الخاصة، لذلك سنبحث ذلك بالتفصيل وكما ياتي:

الفقرة الأولى: اختصاص المحاكم العدلية

ان الأساس في اختصاص المحاكم العدلية للنظر في دعوى التعدي هو مبدأ الفصل بين السلطات، كذلك ونظراً للسرعة التي يتميز بها القاضي العدلي في تحقيق العدالة وتمتعه في صلاحيات أوسع من التي يتمتع بها القاضي الإداري تجاه الإدارة، فقد اعطيت له صلاحية النظر في دعوى التعدي. وقد اكدت هذا محكمة النقض نفسها(١). اما محكمة حل الخلافات الفرنسية وعبر حكمي Blanco و Terrier، حيث تقرر فيهما أن كل ما يتصل بتنظيم وسير المرافق العامة يكون عملية إدارية تعتبر بطبيعتها من اختصاص القضاء الإداري. إلا أنه يستثنى من هذا المبدأ، اتباع الإدارة في تصرفها وسائل الفرد العادي، ففي هذه الحالة تخضع لقواعد القانون الخاص التي تختص بها المحاكم العدلية(٢).

وعليه إذا أتت الإدارة عملاً من أعمال التعدي، تفقد الامتيازات المعترف لها بها وتضع نفسها خارج نطاق القانون العام فتصبح كفرد عادي من الافراد، وتتسأوى معه. فيكون من اختصاص المحاكم العدلية النظر فيها التي تملك إصدار أوامر للإدارة.

وبحسب Vedel لا يعتبر تصدي القضاء العدلي لفعل الإدارة المتصف بالتعدي، اعتداء على مبدأ فصل السلطات طالما لا يوجد قرار إداري صحيح(٣).

وفي لبنان والعراق لايختلف الامر كثيراً عن فرنسا فقد اعتبر مجلس شورى الدولة اللبناني في احدى قراراته أن مبدأ الفصل بين السلطات الأساس الذي يقوم عليه اختصاص المحاكم العدلية للنظر بالتعدي. فقد جاء "وربما أنه عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات وبالتالي

---

(١) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، مراقبة العمل الاداري، ص٥٨٢.

(٢) نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص٨٤.

(٣) نزيه نسيب ياسين، المرجع نفسه، ص٨٥.

الفصل بين القضاء الإداري والقضاء العدلي يعود للقضاء العدلي صلاحية النظر في أعمال التعدي"[١].

وفي قرار اخر "يكون اشغال المميز ضدها بواسطة وحداتها العسكرية حاصلاً من دون اتباع الاصول القانونية، وبالتالي متسماً بالتعدي، الامر الذي يدخل ضمن اختصاص القضاء العدلي الذي يعود له قانوناً وضع حد له، اذ تنزل الإدارة عندئذ منزلة الافراد"[٢].

اما في العراق فعندما تقوم الإدارة بعمل مادي غير مشروع يتضمن اعتداء على الملكية الفردية أو الحريات العامة، فإن المنازعات الخاصة بهذا التعدي تخرج عن نطاق إختصاص القضاء الإداري، لذلك يشترط أن يكون العمل من أعمال التنفيذ المادية وأن يكون عدم مشروعية العمل الصادر عن الإدارة جسيماً وظاهراً بحيث يفقد العمل الصفة الإدارية[٣].

ولابد لنا ان نذكر انه قد يحدث اثناء نظر المحاكم العدلية بدعوى الاعتداء، أن تقوم الإدارة بأصدار قرار تصحح فيه قرارها السابق الذي اتصف بحالة التعدي، وذلك لينال القرار الصفة الشرعية، وبعبارة أخرى، ان القرار الإداري الجديد يصبح له اثر رجعي على تصرف الإدارة السابق الذي كوّن اعتداء مادياً. ويعتبر التعدي في هذه الحالة استثناءاً على المبدأ الذي ينص على عدم رجعية كافة القرارات الإدارية، تنظيمية كانت أم فردية.

وقد نصت محكمة التنازع الفرنسية هذا الاستثناء في الرجعية في قرارها بقضية De Yaste التي تتنأول وضع يد الإدارة على أرض مملوكة لأحد الأفراد دون اتباع إجراءات نزع الملكية، ولما رفع النزاع امام المحاكم العدلية اصدرت الإدارة قراراً بنزع الملكية، فقضت محكمة التنازع باختصاص المحاكم الإدارية على أساس ان القرار الجديد صحح الخطأ الجسيم في القرار القديم[٤].

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة، رقم ٢٧٠، بتاريخ ١٩٩٥/٢/١، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٦، ص ٢٩٥.
(٢) قرار محكمة التمييز اللبنانية، خلاصة قرارات محكمة التميز لعام ٢٠٠٨، رقم١٩، ٢٠٠٩، ص٢٩٧.
(٣) عبد اللطيف نايف، إختصاصات القضاء الاداري بين الاطلاق والتقييد، دون ناشر، ٢٠١٢، ص٧.
(٤) نقلاً عن نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٣٢.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في نفس الاتجاه ففي حكمه بقضية Galabert اعتبر "أن قرار الاعتقال يصحح عيب الاعتداء المالي الناشئ عن تقييد حركة الأفراد دون وجه حق"(١).

اما مصطفى كيره فقد ذهب بعكس هذا الاتجاه فقد اعتبر "ان صدور قرار بالتصحيح لا يصح أن يترتب عليه زوال اختصاص المحاكم العدلية، فهي مختصة بالنظر في النزاع تطبيقاً للقواعد العامة في توزيع الاختصاص بين جهتي فليس من شأن القرار الجديد ان يسلب المحاكم العدلية اختصاصها"(٢).

ونعتقد أنه بمجرد التصحيح من قبل الإدارة للقرار المنشئ للتعدي فأنها تحقق النفع العام بعيب جسيم، ومن شأنه هدم كل اعتبار لحقوق الأفراد، فضلاً عن هذا فإن التصحيح سيعدم كل أثر لنظرية الاعتداء المادي.

لذا فإنه من الأفضل أن تبقى المحاكم العادية مختصة بنظر دعوى الاعتداء، وعدم نقل النزاع إلى القضاء الإداري لأن الأخير لا يملك اصدار أوامر إلى الإدارة وطردها من العقار وايقاف تنفيذ القرار.

وبناءً على ماتم ذكره يمكننا استنتاج ان دعوى التعدي هي من اختصاص القضاء العدلي، ويتم تركيز النظر فيه على التعويض عن الاضرار الحاصلة من جانب الإدارة، ولا يمنع ذلك من الطعن بالقرار الصادر والاعتراض عليه بالبطلأن لتجأوز السلطة من جهة الإدارة أو اي عيب اخر، ومن دون شك انه في حالات استثنائية يخرج هذا الاختصاص من يد المحاكم العدلية الى المحاكم الإدارية، وسوف نذكر ذلك بالتفصيل لاحقاً.

اما سلطة القضاء العدلي على حالة التعدي فأن له سلطة واسعة على الإدارة، فله بالحكم عليها بالتعويض والطرد وفرض غرامات وغيرها من السلطات وكما سنرى ذلك فيما ياتي:

---

(١) نقلاً عن نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٣٢

(٢) مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٣٢١.

الفقرة الثانية: سلطة المحاكم العدلية في دعأوي التعدي

كما بينا سابقاً ان المحاكم العدلية تختص بنظر دعوى التعدي، وهو اختصاص تملك بمقتضاه الحكم على الإدارة كما على الفرد، ويترتب على هذا ان اختصاص هذه المحاكم يعطيها حرية في تقدير التعويض وتقدير كافة النتائج المالية الاخرى المترتبة على التعدي، وكذلك له ان يلزم الإدارة بأوامر عليها الالتزام بها ومنها الرد والطرد والتسليم بالإضافة الى انه يملك سلطة الحكم عليها بفرض غرامات مالية لإرغامها على التنفيذ. لذلك وبناءاً على ما تقدم سنتطرق إلى اهم سلطات المحاكم العدلية على الإدارة في حالة التعدي وكالتالي:

أولاً: الحكم بالتعويض

ان للقضاء العدلي وحده حرية تقدير ماينتج من تعويضات مالية مترتبة من حالة التعدي. وهذا ماأكده مجلس شورى الدولة اللبناني في قرار له جاء فيه "وحيث أن القضاء العدلي هو حامي الملكية الفردية وأن الدعوى بالتعويض عن التعدي عليها عائدة لصلاحياته"[(١)].

فالمحاكم العدلية تقوم بالحكم على الإدارة بالتعويض للتقليل من حدة الضرر الناشئ عن تصرفها وتلزمها بأداء التعويضات المطلوبة، ولهذة المحكمة سلطة كاملة في تقدير هذا التعويض عن كافة الأضرار التي تلحق الافراد، ولاتملك هذه المحاكم هذا الاختصاص اذا كان الضرر الناتج من عمل الإدارة غير موصوف بالتعدي، وتختلف سلطة المحاكم العدلية في هذا المجال عن سلطة المحاكم الإدارية لأن هذه المحاكم لا تملك القضاء على الإدارة بأمر معين فهي مقيدة بالحكم بالتعويض أو الإلغاء وسنرى ذلك لاحقاً.

ان التعويض الذي تقوم بتقديره المحاكم العدلية في حالة التعدي يشمل جميع الأضرار التي حصلت بالتأكيد والمتحققة فعلاً، مباشرة كانت أو غير مباشرة، وسواء تعلقت بعقار أو بمنقول، وكذلك اذا كانت أضرار مادية أو معنوية، وأكد مجلس شورى الدولة في لبنان على

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٢٧٧، بتاريخ ١٩٥٩/١/١٦، مجلة القضاء الاداري، ١٩٦٠، ص١٠.

الاضرار المعنوية بقراره اذ جاء فيه ان "في إقفال مدرسة والمدة الضرورية لإعادة تشغيلها، إلى جانب الربح الفائت المتمثل في الحرمان من الإنتفاع وفقدان التلاميذ الفائدة"[(١)].

وكذلك اكدت محكمة التمييز العراقية على أن يكون الضرر محققاُ ويقيناً، فالضرر الاحتمالي الذي قد يقع أو لا، لا يعوّض عنه لأنه ليس مؤكداً "فالمالك الذي يدعي أنه سيبني على الأرض المنزوع ملكيتها بناية تجارية، قول ينطوي على الاحتمال، ومن ثم لا يمنحه ذلك الحق في المطالبة بالتعويض عنه"[(٢)].

ولكن ولابد ان يثار السؤال التالي هنا، وهو كيفية احتساب هذا التعويض؟ أجابت محكمة تمييز لبنان في احدى قرارتها وجاءت فيه إن التعويض المترتب عن الإشغال "هو بدل، لقاء منفعة من العقار استنفذت في حينها وكان يقتضي دفع مقابلها في ذلك الوقت، مما يوجب الأخذ بالأسعار الرائجة للتخمين بالنسبة للعقارات موضوع التعدي، بما في ذلك عناصر التقدير والتعويض كافة، ومنها موقع العقار ومساحته وشكله وموضع الاستثمار وصلاحيته للبناء ونظام الارتفاق في المنطقة وقربه من الطرق الرئيسية"[(٣)].

وقد اعتبر الفقه الفرنسي ان للمحاكم العدلية الحكم على الإدارة بالتعويضات المناسبة في حالة التعدي، يتم دون ان تتقيد بالإجراءات التي ينص عليها القانون في تقدير مبلغ التعويض عن الأضرار.

وقد أكد هذا مجلس الدولة الفرنسي في قضية [(٤)] Dame Depalle.

كما اعتبر الاجتهاد الفرنسي أن تفاقم الأضرار وازديادها لا يمنع من تعيين خبير مختص لتحديد قيمتها. أما تحديد قيمة الأضرار المعنوية فيتم بتاريخ صدور حكم بإدانة الإدارة، وليس بتاريخ تحققه أو المطالبة به[(١)].

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم٢٥٣، بتاريخ ١٩٩٥/٨/١/٢٤، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٦، ص٥٥٢.

(٢) حكم محكمة التمييز العراقية، رقم ٣٠٧حقوقية ثانية/ ٩٧٠، بتاريخ ١٩٧١/٣/٢٩، النشرة القضائية العراقية، عدد ١، ١٩٧٢، ص١٥١.

(٣) قرار محكمة التمييز اللبنانية، رقم ٢٠، بتاريخ ٢٠٠٨/٧/١٠، مجلة العدل ٢٠٠٩، ص ١٦٥٢.

(٤) نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٦٥.

كما اكد القضاء العدلي اللبناني على انه يجب ان يكون التعويض المستحق عن الاضرار الاكيده والمتحققه بصورة مباشرة وجاء هذا في قرار له اذ جاء فيه "وحيث لجهة طلب المدعية الرامي الى التعويض عن الربح الفائت عن عدم استثمار العقارات، ترى المحكمة رد الطلب باعتبار ان التعويض يشمل فقط الأضرار الأكيدة والمتحققة واللاحقة بصورة مباشرة بالمتضرر"(٢).

وكما ذكرنا فيحق للمتضرر أن يطالب بفائدة عن المبلغ الأصلي بعد تحديده بالاضافة للتعويض عن الاضرار، وتعتبر بمثابة تعويض اضافي وكما جاء في قرار محكمة تمييز لبنان اذ جاء فيه "تعويض إضافي يشكل جزءاً متفرعاً من الاصل وتصنف كعنصر من عناصر التعويض، يدخل أمر النظر بها في صلاحية قاضي الأصل ألا وهو القضاء العدلي ولا فارق في هذاالمجال بين الأفراد والدولة (الإدارات العامة ذات الشخصية المعنوية) عندما تتصرف كالأفراد"(٣).

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز اللبنانية يجيز فيه للقضاء العدلي فرض فائدة على المبلغ المحكوم به اذ جاء فيه "يجوز للقضاء العدلي الناظر في دعوى التعدي المقامة بوجه الإدارة أن يلزم هذه الأخيرة بالفائدة على المبلغ المحكوم به، وذلك على سبيل التعويض الإضافي إذا رأى التأخير في دفع التعويض قد ألحق ضرراً بالدائن ويعود له أن يحدد معدل هذه الفائدة وتاريخ بدء سريانها، ولو لم يسبق ذلك إنذار الإدارة المعنية. ولكن ترى المحكمة بالنظر لظروف حصول التعدي وماهيته وتقاعس المستأنفة تبعياً عن المطالبة بحقوقها في هذا المجال على مدى عدة سنوات، تعديل تاريخ بدء سريان الفائدة وجعلها تسري من تاريخ الحكم المستأنف الذي حدد قيمة التعويض"(٤).

وجاء في قرار اخر "طالما أن الاختصاص يعود للقضاء العدلي في التعويض فإنه من البديهي أن يكون هذا القضاء هو المختص للبحث في مسألة الفائدة القانونية عن التأخير في

---

(١) نقلاً عن نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص٩٤.

(٢) قرار محكمة التميز اللبنانية، رقم٢٠، بتاريخ١٠/٧/٢٠٠٨، مجلة العدل ٢٠٠٩، ص ١٦٥٢.

(٣) قرار محكمة التمييز اللبنانية، بتاريخ ٢٣/٢/٢٠٠٦، مجلة العدل، ٢٠٠٧، ص ١٧٨٧.

(٤) قرار محكمة التمييز اللبنانية، بتاريخ ٢٨/١/٢٠١٠، مجلة العدل، ٢٠١٠، ص ١٦٧٥.

التسديد... وحيث يقتضي احتساب الفائدة القانونية من تاريخ انبرام هذا القرار وليس من تاريخ الحكم الإبتدائي المستأنف وذلك أن القرار المبرم من شأنه تحديد التعويض المتوجب دفعه"(١).

من ناحية ثانية، واستناداً إلى اجتهاد حديث، "ان مرور الزمن على المطالبة بتعويض ناتج عن إشغال غير مشروع لا يبدأ بالسريان طالما بقي التعدي مستمراً"(٢).

يتبين لنا مما سبق ان مجرد التثبت من حالة التعدي فان للمتضرر ان يطالب الإدارة بالتعويض عن جميع الاضرار التي لحقت به مادية ومعنوية وكذلك له ان يطالب بفائدة عليها، ويكون هذا امام القضاء العدلي حامي الملكية الفردية والحريات. وليس فقط للقضاء ان يحكم بالتعويض للمتضرر وانما له ان يصدر على الإدارة حكم يأمرها به بعدة امور والهدف من ذلك هو المحافظة على الملكية الخاصة ومنع الإدارة من التمادي والتجأوز عليه، وكما سيأتي:

ثانياً: الحكم على الإدارة بأمر

للقاضي العدلي أن يحكم بطرد الإدارة وإلزامها بالرد وهدم المنشآت التي تقيمها وبالغرامات المالية لحملها على التنفيذ العيني.

ولذلك سوف نتنأول كلا من هذه السلطات على حدة.

١- الحكم على الإدارة بالطرد

تؤكد محكمة التنازع سلطة المحاكم العدلية ان تكون هي صاحبة الحق في البت بالنزاع الحاصل بين الإدارة والافراد والمتسم صفة التعدي، كما تؤكد على ازالة هذا التعدي من قبل الإدارة وذلك في حكمها الصادر في قضية شركة "Schneider" الذي قضت فيه "محكمة ليون باختصاصها ولما طعن على هذا الحكم أمام محكمة التنازع أيدته وأكدت اختصاص المحاكم القضائية وحقها في الحكم على الإدارة بالطرد"(٣).

(١) قرار محكمة الاستئناف اللبنانية، رقم ٢٠٠٨/٢٨، بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٢٨، كساندر ٢٠٠٨، ص ٤٦٩.
(٢) قرار محكمة التمييز اللبنانية، رقم ٢٠١٠/٢٩، بتاريخ ٢٠١٠/٣/٣٠، كساندر ٢٠١٠، ص ٤٠١.
(٣) حكم التنازع في ١٧ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة ص ٥١٣، نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٦٧.

ومن ذلك أيضاً حكم التنازع الصادر في قضية شركة ريفولى سيباستبول العقاريـــة. "الذي أصدرت محكمة التنازع حكمها في هذه الدعوى وأكدت فيه حق المحاكم القضائية فـــي طرد الإدارة إذا تبين لها أن تصرفها من قبيل الاعتداء المادي"[1].

وكذلك فعلت محكمة حل الخلافات الفرنسية وأكدت على هذا الأمر في حكمها في قضية "Manufacture des velours et peluches et Ste Velvetia"[2].

اما في لبنان فقد اكد الاجتهاد على حق المحاكم العدلية طرد الإدارة من عقار تشغله بالتعدي.

فقد اعتبر القضاء العدلي أن "ما قامت به المدعى عليها المستأنفة (إشغال عقار بواسطة وحداتها العسكرية) متصف بالتعدي وأن هذا الامر من شأنه أن يؤدي إلى وضع الإدارة المستأنفة في هذا المجال أمام القانون الحامي للملكية وأمام القضاء في منزلة الأفراد.. وبالتالي إلزام المدعى عليها المســـتأنفة إزالة التعدي الحاصل من قبلها على العقار عن طريق إخلائه فوراً، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه"[3].

٢- الحكم على الإدارة بالرد

يعتبر القضاء العدلي ذو اختصاص كامل في النظر بنزاع التعدي، وتطبيقاً لذلك الاختصاص الكامل له ان يحكم على الإدارة برد الأموال المنقولة وغير المنقولة التي انتزعتها من الافراد.

وتطبيقاً لذلك في الحكم الصادر في قضية "Schneider" الذي رفعت أمام محكمة لوهافر المدنية وقضت باختصاصها بنظر طلب الشركة وعند رفع النزاع إلى محكمة التنازع

(١) حكم التنازع في ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ المجموعة ص ٥٩٤، وحكم محكمة "Douai" في ١٤ يناير سنة ١٩٥٢، نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٦٨.

(٢) نقلاً عن نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص٩٨.

(٣) قرار محكمة التمييز اللبنانية، رقم ٧٣/٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٨، كساندر ٢٠٠٨، ص١١١٧.

قضت بأنه لو تحقق الاعتداء المادي في هذه الدعوى لأمرت برد المستندات والمحفوظات الخاصة بالشركة[١].

بدوره أكد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Carlier، على حق القضاء العدلي إلزام الإدارة برد الأجهزة الفوتوغرافية التي صادرتها بغير وجه حق اذا تبين تحقق التعدي[٢].

٣- الحكم على الإدارة بالغرامات المالية

تعرف الغرامة الاكراهية بأنها ادانة مالية تحسب عن كل يوم تأخير يفرضها القاضي على اشخاص القانون العام في حال التأخر أو الامتناع عن تنفيذ أحكامه ضماناً لوضعها موضع التنفيذ، وعليه تعتبر وفقاً للثوابت الفقيه والاجتهادية وسيلة وليست هدفاً بحد ذاتها[٣].

ان الأساس في تخويل المحاكم العدلية بفرض الغرامات المالية على الإدارة، هو ان الإدارة تتسأوى مع الافراد امام القضاء العدلي وتطبق عليها مايطبق على الافراد من قواعد قانونية، ومن بين هذه القواعد الحكم بالغرامات المالية لارغام المدين على الوفاء. وجدير بالذكر ان هذا الحق يأتي في حالة التعدي فقط لأنه يعتبر خلافاً للمبدأ العام الذي يقضي بعدم اتباع هذه الوسيلة في مواجهة الإدارة.

وذهبت محكمة التنازع إلى التسليم للمحاكم القضائية بحق الحكم على الإدارة بتهديدات مالية. ومن ذلك ما قضت به محكمة ليون بحكمها الصادر في قضية " Manufacture de velours et peluche" إذ أمرت المحكمة بطرد الإدارة وبغرامة مالية إذا تأخرت في التنفيذ[٤].

---

(١) حكم محكمة التنازع، بتاريخ ١١ يونيه ١٩٤٠ ، ص ٢٤٨. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٦٩.

(٢) ١٨-١١-١٩٤٩ ,carlier, c.e ، نقلاً عن نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص٩٩.

(٣) عباس نصرالله، الغرامة الاكراهية والأوامر في التنازع الاداري –دراسة مقارنة–، الطبعة الاولى، منشورات مكتبة الاستقلال، بيروت، ٢٠٠١، ص١٣.

(٤) محكمة ليون في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ جازيت دى باليه سنة ١٩٤٨ – ١– ١٧٤. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٧٢.

وكذلك الحكم الذي قضى به في أن المحاكم العدلية تملك القضاء بطرد الإدارة إذا تسللت الإدارة إلى عقار بدون سند في القانون وكون تصرفها اعتداء مادياً ولها عند الضرورة الحكم عليها بغرامة مالية لحملها على التنفيذ(١).

اما في لبنان، فقد أكد الاجتهاد اللبناني على صلاحية القضاء العدلي والقضاء الإداري في فرض الغرامة الإكراهية على الإدارة.

"... إذ أقر الاجتهاد للمحاكم العدلية الناظرة في التعدي وحتى لقاضي العجلة عند الاقتضاء وخلافاً لمبدأ فصل السلطات الزام الإدارة بإزالة التعدي وإلزامها بغرامات إكراهية على اعتبار ان الإدارة في مشاكل التعدي تنزل امام المحاكم العادية منزلة الشخص العادي وتتجرد عن امتيازاتها كسلطة عامة، فأن هذا الاستثناء لمبدأ فصل السلطات ينحصر في حالة التعدي فقط دون الحالات الاخرى التي تلحق اضراراً بالملكية العقارية الفردية نتيجة أعمال وتصرفات الإدارة"(٢).

يتضح لنا انه ليس كلما مثلت الإدارة امام القاضي العدلي فأن للقاضي ان يفرض غرامة اكراهية عليها، وانما يتوقف حق القاضي العدلي بفرض هذه الغرامة على الإدارة عندما تكون متمتعة بأمتيازات السلطة العامة النابعة من مهمتها بحفظ المصلحة العامة، وعليه يسمح للقاضي العدلي بفرض غرامة اكراهية على الإدارة في حالة التعدي فقط(٣).

٤- الحكم بهدم المنشآت التي تقيمها الإدارة:

للمحاكم العدلية الحكم على الإدارة بهدم المنشآت التي تقيمها على أرض نزعت ملكيتها بغير سند من القانون، ووقف هذه الأعمال إن لم تكن قد تمت. ولكن هذه القاعدة ليست على إطلاق إذ فرق القضاء بين حالتين:

---

(١) حكم محكمة استئناف جرينويل في١٠ مايو سنة ١٩٦١ دالوز سنة ١٩٦١ صفحة ١٠١. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٧٣.

(٢) قرار محكمة التمييز اللبنانية، رقم ٢٨، بتاريخ ١٩٦٨/٥/١٠، النشرة القضائية، ١٩٦٨، ص١٠٠٧.

(٣) عباس نصرالله، مرجع سابق، ص٩٢.

أ- إذا تصرفت الإدارة بغير سند من القانون واستهدفت تحقيق غاية لا تتفق والصالح العام كما لو أرادت محاباة شخص معين أو الإضرار بشخص ما فيملك القاضي أن يأمر الإدارة بهدم البناء الذي أقامته وبذلك يمكن الحكم برد الشيء إلى أصله في حالة وقوع أعمال اعتداء لأغراض شخصية لا تمت للمصلحة العامة بصلة(١).

وقد قضت محكمة النقض بتقرير اختصاص المحاكم القضائية بهدم أشغال أقامتها الإدارة لتحقيق مصلحة شخصية لأحد الأفراد(٢).

ب- إذا تصرفت الإدارة بدون سند قانوني ولكن لتحقيق مصلحة عامة ففي هذه الحالة يمتنع على المحاكم القضائية أن تقضي بهدم مباني أقيمت على أرض اغتصبتها الإدارة وخصصت هذه المباني للأعمال العامة(٣).

وقد اصدرت محكمة التنازع الفرنسية حكم يؤكد ذلك اذ جاءت فيه ".. إن المحاكم العدلية ليس لها أن تأمر بطرد مصلحة عامة إلا إذا كان الإستيلاء على أرض خاصة ناشئاً عن اعتداء مادي وبشرط أن تجد في مواجهتها عملا من الأعمال العامة"(٤).

وعادت محكمة التنازع فرددت في قضية Rival هذه القاعدة وقالت بأنه ما دامت الإدارة لم تستند إلى أن المنشآت التي أقامتها على الأرض تعدٍ من الأعمال العامة، فإن المحاكم العدلية تختص في أغلب الأحيان بطرد الإدارة من الأراضي المستولى عليها وبهدم المنشأت التي تقيمها وتقدير التعويضات الناشئة عن هذا الإستيلاء(٥).

---

(١) مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٧٤.

(٢) شابير أوستلند صفحة ١٣٨، وحكم النقض الصادر في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ دالوز سنة ١٩٢٨ القسم الأول صفحة ٨٧، دالوز سنة ١٩٣٧ – ١ – صفحة ١٧. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٧٤.

(٣) مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٧٤.

(٤) حكم التنازع في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ المجموعة ص ٦٧٤، نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٧٤.

(٥) حكم التنازع في ٢٢ يناير سنة ١٩٥٥ المجلة العملية للقانون الإداري سنة ١٩٥٥ صفحة ١٢٩، نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٧٤.

اما في لبنان فقد اعتبر مجلس شورى الدولة أن "البت في طلب الحكم بوجوب إزالة التعدي يستدعي التثبت من وجوده، ويدخل في اختصاص المحاكم العدلية كحامية للملكية الفردية أمر استثبات قيامه، فإن تحققت منه قررت ما يكفل حماية تمتع ذوي الحقوق بحقوقهم لهذه الجهة"(١).

نستنتج من ذلك بأنه، في حالة قيام الإدارة بأشغال عامة في ملك الغير يترتب على تصرف الإدارة هذا عمل مشروع ما دام أنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وأساس هذا الرأي هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، لذلك ليس للقضاء العدلي ان يحكم بهدم البناء أو ازالة المنشأت التي عدت لذلك، فيتحول حق الفرد من طلب الهدم والإزالة إلى التعويض. اما اذا تبين ان تصرف الإدارة لايحقق المصلحة العامة فيمكن الحكم عليه بالهدم وازالة الاعتداء.

واخيرا وقبل ان ننهي اختصاصات المحاكم العدلية بالنظر في دعوى التعدي، لابد لنا ان نتطرق الى القضاء المستعجل لكونه احد فروع السلطة القضائية وله اهمية كبيرة في حماية الملكية الخاصة من تعدي الإدارة وكما سنرى ذلك.

الفرع الثاني: دور القضاء المستعجل بالنظر في النظر بالتعدي

يعتبر القضاء المستعجل هو احد فروع السلطة القضائية، ويرتب هذا القضاء حماية سريعة وعاجلة فيما يملكه من اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية دون أن يؤثر ذلك على حق محكمة الموضوع، لأن اختصاصه يكمن في النظر في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت.

اما من ناحية ارتباط القضاء المستعجل بالتعدي، فأنه وجد فيها مجالاً واسعاً ومرناً للمحافظة على اموال الافراد وحماية حرياتهم، وذلك بسبب السرعة التي يتصف بها هذا القضاء، وكذلك مما ساهم في اهمية هذا القضاء هو ان تداعي الافراد امامه للحصول على

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٤٥٤، بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٣، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٧، ص ٨٣٧.

حكم سريع وعاجل يبعد عنهم اي ضرر أو تعدي من قبل الإدارة لفترة مؤقتة حتى يتم الفصل فيها من قبل قاضي الموضوع في النزاع الحاصل، ولايعد ذلك مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يتقيد بها القضاء المستعجل كغيره من جهات القضاء العدلية، لأنه بحالة التعدي ينظر في عمل اداري غير محظور على المحاكم العدلية النظر فيه.

وقد استقرت أحكام القضاء على انه يجب ان يتحقق قاضي العجلة من القرار الإداري على انه يشكل تعدي ام لا، فأذا ثبت ذلك فله ان يوقف الضرر وهذا ما قضت به محكمة باريس في قضية الأرملة "Canu" بأن القاضي المستعجل يختص بالتحقق من استيفاء كافة الشروط القانونية للقرار الإداري فإذا ثبت لدى المحكمة أنها ليست بصدد استيلاء ناشئ عن عمل إداري وإنما عن اعتداء مادي وصف بأنه استيلاء، فإن القاضي المستعجل يختص بوقف الضرر الناتج عنه ويقع على عاتقه أن يأمر بطرد المغتصب الذي وضع يده على العين بعد أن فتح الأبواب عنوة في غيبة المستأجر ودون إنذار بالإستيلاء[١].

وفي حكم اخر أصدرته محكمة السين وقضت "بأن رجل البوليس الذي يقتحم مسكناً دون إخطار سابق يكون وضع يد معيب يملك القاضي المستعجل التصدي له"[٢].

اما في لبنان، فقد اعتبر القضاء العدلي أن "هذا الإشغال يكون إذاً، قد ارتدى طابع التعدي فينعقد إختصاص القضاء العدلي حارس الملكية الفردية لوضع حد له، مما يجعل قاضي العجلة وهو فرع منه صالحاً لاتخاذ التدبير المطلوب..."[٣] .

---

(١) محكمة باريس في ٢١ يناير سنة ١٩٤٦ دالوز سنة ١٩٤٦، ص ٩٧ وتعليق فرجافيل على الحكم حيث يقول إن مهمة القاضي المستعجل التفرقة بين إجراءات التنفيذ التي تبدو في ظاهرها كافية لاعتبارها صحيحة ومن ثم يقضي بعدم الاختصاص وبين تلك التي تكون اعتداءاً مادياً وتبرر في حالة الاستعجال وقف تنفيذها. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٧٩.

(٢) محكمة السين في ٩ أغسطس ١٩٤٦ جازيت دى باليه سنة ١٩٤٦ جزء ثاني ص ٢٣٩. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٨٠.

(٣) قرار محكمة التمييز اللبنانية، رقم ٢٠٠٣/٤٧، بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١٨، مجموعة باز ٢٠٠٣، ص ٥٧٩.

وفي اجتهاد آخر، اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية أن "إقدام الإدارة على وضع يدها على عقار استناداً على عقد غير موقع من المالك يشكل مساساً بالملكية الفردية ويدخل مصاف التعدي الذي يعود للقضاء العدلي والقضاء المستعجل كجزء منه حق إزالته"(١).

لكن محكمة التنازع الفرنسية قد وسعت من اختصاص القضاء المستعجل إلى أبعد من ذلك فلم تجعل اختصاصه بوقوع الاعتداء فقط، بل ذهبت كذلك في حالة التهديد بوقوعه لأن الخطر يتحقق في الحالتين، فقد رأت محكمة التنازع أن تخول الأفراد حق الالتجاء إلى القضاء المستعجل لوقف إجراءات التنفيذ قبل وقوعه.

وتأكيد ذلك نصت محكمة التنازع في قضية Dame Cortesi "بأن التهديد بالتنفيذ المباشر يعرض الإدارة للوقوف أمام القضاء المستعجل ليقرر مقدماً عدم مشروعية هذا الإجراء ويمنع المضي فيه(٢).

ونحن نحبذ رأي محكمة التنازع الفرنسية في هذا التوسع بدائرة اختصاص القضاء المستعجل بحيث يمتد إلى حالة التهديد بوقوع الاعتداء وليس فقط عند حدوثه فعلاً، فإذا كان التنفيذ المباشر على وشك الوقوع ولم يكن له سند من القانون، فأن الخطر قد وقع وحرصاً على مصالح الأفراد لا بد أن يتمكن هؤلاء من اللجوء إلى القضاء المستعجل لوقف هذه الاجراءات قبل مضي الإدارة في تنفيذها ويتداركون التعدي قبل وقوعه.

بعد ان تعرفنا على اختصاص المحاكم العدلية وسلطاتها في حالة حدوث تعدي الإدارة على الاملاك الخاصة، وكذلك اختصاص القضاء المستعجل في النظر فيه، يتضح لنا ان اخصاصهما شامل للنظر بهذه الدعوى لأن الإدارة تعامل في مثل هذه الحالة معاملة الافراد وللقضاء ان يفرض عليها كل مايراه مناسباً من تعويضات وغرامات تهديدة ووقف أعمال وغيرها من اجل حماية حق الملكية الخاصة.

---

(١) قرار محكمة التمييز اللبنانية، رقم ٢٠٠٨/٢٥، بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٢١، كساندر ٢٠٠٨، ص ٣٢٧.
(٢) حكم التنازع في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٧ المجموعة ص ٥١٥. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٨٢.

ولكن في بعض الاحيان ورغم حصول حالة التعدي يحُظر النظـر بالـدعوى امـام المحاكم العدلية ويعطى هذا الحق الى المحاكم الإدارية، لذلك لابد لنا من دراسة اختصـاص المحاكم الإدارية بشيء من التفصيل لمعرفة متى لهذه المحاكم النظر بدعوى التعـدي، وهـذا ماسوف نبحثه في المطلب التالي:

المطلب الثاني: دور القضاء الإداري للنظر في التعدي

سنبحث في هذا المطلب دور المحاكم الإدارية للنظر في التعدي وذلك في فرعين، بحيث نتعرف على دورها في الظروف العادية بفرع أول، وفي الفرع الثاني سوف ندرس دورها في الظروف الأستثنائية وكما ياتي.

الفرع الأول: في الظروف العادية

لقد بينا فيما سبق طبيعة اختصاص المحاكم العدلية ومداها بالنظر في دعوى الاعتداء عند تحقق شروطه، الا ان هذا الاختصاص ليس حكراً للمحاكم العدلية بل للمحاكم الإدارية دور فيه ولو كان بحالات محددة.

ويبرز هذا الدور في حالة اذا كان التعدي ناتج عن تنفيذ قرار اداري معيب بعيب جسيم، ففي هذه الحالة تكون الإدارة قد تجأوزت حدود السلطة وللقاضي الإداري ان ينظر في مشروعية هذا القرار ويعتبره باطل ومنعدم الوجود(١).

وأكدت هذا الامر محكمة حل الخلافات الفرنسية في حكم Guigon، ثم تتالت القرارات بهذا الشأن(٢).

(١) "إن القرار الإداري المنعدم الوجود هو القرار الصادر بشكل واضح نتيجة اغتصاب السلطة والمشوب بعيب عدم الإختصاص المطلق، كخروج السلطة الإدارية عن اختصاصها وتعديها على اختصاص سلطة دستورية أخرى، أو كونه مشوباً بمخالفات فادحة غير ملحوظة في أي من الأحكام التشريعية او التنظيمية ويستحيل معها إسناده إلى أي حكم من أحكام القانون". قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٢٠٠٧/١٠٧-٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٧/١/١١، مجلة القضاء الاداري، ص ١٠٩٣.

(٢) نقلاً عن نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٠٦.

وفي لبنان اكد مجلس شورى الدولة على ان يلزم وجود قرار اداري معيب في حالة التعدي ليتشكل اختصاص المحاكم الإدارية اما اذا حصل التعدي من دون قرار فيبقى من اختصاص المحاكم العدلية وكما في حكمها التالي "... وحيث أن صلاحية القضاء الإداري تنحصر فقط في الاعتراض على القرارات الإدارية وقد حصل الاستملاك بصورة التعدي وبدون قرار إداري حسب الأصول وقد أصبح نهائياً فلا مجال لهذا الاعتراض لدى هذا القضاء الذي لا يبقى له أن يتخطى إلى كل ما يتعلق باساس الدعوى"(١).

وجدير بالذكر ان في حالة المراجعة امام القضاء الإداري في دعوى التعدي لايحق له ان يحكم بالتعويض عنه لأن هذا من اختصاص المحاكم العدلية وكما اكد مجلس شورى الدولة اللبناني هذا بقراره الذي نص "ترد لأنتفاء الصلاحية مراجعة المستدعي المرفوعة إلى مجلس الشورى والرامية إلى المطالبة بالتعويض عليه ... ذلك لأن مثل هذا الإشغال يؤلف تعدياً على حق الملكية ويعود إلى القضاء العدلي أمر حمايته"(٢).

ولا بد من الإشارة إلى أن القضاء الإداري ليس له صلاحية إحالة النزاع إلى القضاء العدلي، فما عليه إلا أن يعلن عدم اختصاصه عندما يكون أمام حالة تعدي كما جاء في قرار مجلس الشورى "وبما أنه يقتضي بالنتيجة رد المراجعة لعدم الاختصاص"(٣).

أو أن يقتصر في قراره على الاستنتاج بأن القضاء العدلي هو وحده صاحب الصلاحية للنظر في هذه الدعوى "وبما أن القضاء العدلي باعتباره الحامي للملكية الفردية هو المرجع الصالح بالتعويض عن الإشغال الحاصل دون مسوغ مشرعي"(٤).

خلاصة القول انه منذ زمن طويل نقول بأن القاضي العدلي هو صاحب الاختصاص للنظر في التعدي اما وفقاً للدستور أو القوانين أو العادات والتقاليد، ولكن القاضي الإداري

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٤٣، بتاريخ ١٩٤٩/٣/٣٠، النشرة القضائية، ١٩٤٩، ص٧١٥.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ١٧٣١، بتاريخ ١٩٦٥/١١/٣٠، ١٩٦٥، ص ٢٢٤.

(٣) قرار مجلس شورى الدولة، رقم ١٨٦، بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٣١، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٧، ص٤٢٠.

(٤) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٢٤٧، بتاريخ ٢٠٠٣/١/٢٧، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٧، ص ٥٥٢.

يحتفظ بهذا الدور أيضاً، ولكن نشأته ساهمت في اضعاف هذا الدور حيث كان له دور استشارياً وكان ينظر الى القضاة الإداريين بأنهم موظفين، وعندما ابطل مجلس الدولة الفرنسي قراراً لرئيس الجمهورية الفرنسية انذاك (شارل ديغول)، حيث انه لم يتردد عن القول بأنه لايوجد في فرنسا قضاة اداريين وانما موظفين اداريين، وخضع مجلس الدولة الفرنسي لهذا الامر. لكن بعد حين وبمساعدة من المجلس الدستوري الفرنسي استطاع ان يفرض نفسه على الساحة وان يحمي الملكية الفردية والحرية الخاصة من تعدي السلطات العامة عليها.

اما في لبنان فنحن نعتقد بأن القاضي الإداري هو بمستوى القاضي العدلي في حماية الحريات والملكية الخاصة، ودليل على كلامنا هو عند النظر الى قرارات مجلس شورى الدولة اللبناني يتضح لنا بأن لاشك في هذا الدور المتنامي للقضاء الإداري في حماية الملكية الخاصة والحرية الفردية، فعلى مستوى الاستملاك قد اثبت مجلس الشورى في الكثير من قرارته حمايته للملكية العقارية الخاصة[١]، وكذلك على مستوى حماية الحريات[٢].

واخيراً يجب ان نذكر انه يبرز دور القاضي الإداري بحالة التعدي في الظروف الاستثنائية فهذه الظروف تؤدي الى توسع اختصاص الإدارة وإطلاق يدها في التصرف، ولكن لاتعطي المشروعية في اعتداء الإدارة، بل تنتقص من جسامة عدم المشروعية فيغدو عيباً بسيطاً تختص به المحاكم الإدارية. وبذلك تكون نظرية الظروف الاستثنائية قيداً يرد على اختصاص المحاكم العدلية بالنظر في التعدي وسوف ندرس هذه النظرية مفصلاً في الفرع التالي.

---

(١) راجع: قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ١٤٧، بتاريخ ١٩٩٢/٥/٢٧، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٢-١٩٩٩٣، ص٤٠٠. وكذلك: قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم٢٧٠، بتاريخ ١٩٩٥/٢/١، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٦، ص٢٩٥. قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم٥٤٦، بتاريخ ١٩٩٩/٥/١٨، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٣، ص٥٧٣.

(٢) راجع: قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٤٣٩، بتاريخ ٢٠٠١/٤/١٩، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٤، ص ٦٢٤.

الفرع الثاني: في الظروف الاستثنائية

ان من واجبات السلطة الإدارية هي تأمين سير المرافق العامة والحفاظ على الأمن والسلامة العامة. ولكن يجوز للإدارة، في ظل ظروف معينة كحالة الحرب أو الأزمات التي قد يتعرض لها المجتمع في وقت السلم (ظهور وانتشار وباء معين، وقوع فتن، إضراب عام، كوارث طبيعية...)، أن تواجه الأخطار التي تهدد الأمن والاستقرار والطمأنينة، بأعمال مغايرة لمبادئ وقواعد الشرعية المطبقة في ظل الظروف العادية إذا كان من شأن تلك الأخيرة أن تشكل عقبة أمام الإدارة للقيام بواجباتها.

لذلك فقد أنشأ مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية، لتواجه بها الإدارة ظروفاً غير عادية فأضفى صفة الشرعية على بعض القرارات الإدارية التي تعدٍ غير مشروعة في الظروف العادية وذلك تحقيقاً للمهمة التي تقوم بها الدولة وهي انتظام سير المرافق العامة[١].

ويمكن أن تجد هذه النظرية مصدراً لها في النصوص القانونية التي توسع من سلطة الإدارة في ظروف الأزمات ولا سيما الحرب، ومن ذلك نصوص قانون الأحكام العرفية وحالة الضرورة والقوانين الخاصة بالتعبئة لمواجهة أخطار الحرب وغير ذلك من القوانين إلا أن هذه السلطات غير العادية تجد مصدراً لها من نص الشارع والفكرة التي تقوم عليها هي التي دفعت القضاء إلى إنشاء نظرية الظروف الاستثنائية فهي نظرية قضائية تكمل نقص التشريعات الاستثنائية وتساعد الإدارة في مهمتها[٢].

وفي لبنان، اخذ مجلس الشورى بنظرية الظروف الاستثنائية التي تجيز للإدارة التحرر من وجوب أحترام الحريات العامة التي يكرسها القانون، فقد جاء في أحد قراراته "وحيث ان ثورة سنة ١٩٥٨ تشكل ظرفاً استثنائياً يعطي السلطة الحق باتخاذ التدابير التي

(١) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الاول، مرجع سابق، ص١٥٩.

(٢) مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٨٦.

تفرضها المصلحة العامة والأمن العام دون التقيد بالأصول والأنظمة العادية حتى بأحترام الحريات..." [١].

وجاء في قرار آخر "أن من شأن الظروف الاستثنائية أن توسع صلاحيات الإدارة وتسبغ الشرعية على أعمال تعتبر في الأحوال العادية غير شرعية"[٢].

يتضح لنا ان هذة النظرية هي نظرية قضائية ولم ترد في نصوص مكتوبة، وهي من صنع مجلس الدولة الفرنسي الذي له الفضل في انشاء غالبية نظريات القانون الإداري، ومن شأن هذه النظرية ان تمنح السلطة الإدارية سلطات واسعة تكون في الحالات العادية غير مشروعة وفي ظل هذه النظرية تصبغ عليها صفة المشروعية لضرورة حماية النظام العام أو لضمان استمرار سير المرافق العامة.

واستقر الاجتهاد على أنه يلزم لتطبيق هذه النظرية توفر شروط معينة وذكرت هذه الشروط في قرار لمحكمة التمييز اللبنانية اذ جاء فيه "... إن تبرير قيادة الجيش لاشغالها العقار لا يدخل ضمن الظروف البالغة الخطورة المبررة للافعال المشكو منها كما أنه لم تكن هناك استحالة مطلقة على قيادة الجيش أن تقوم بشكل قانوني وطبيعي على إشغال العقار عدا أنه لم يثبت ان إشغال العقار كان التدبير الوحيد الذي لا بد منه للوصول إلى الغاية المرجوة لمعالجة المبررات التي تذرعت بها قيادة الجيش والتي لولاها لما أمكن بلوغ تلك الغاية... يكون الإشغال حاصلاً دون مسوغ شرعي، وبالتالي متسماً بالتعدي الأمر الذي يعود للقضاء العدلي صلاحية النظر فيه ووضع حد له"[٣].

اذاً شروط نظرية الظروف الاستثنائية[٤] هي:

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ١٥٨، بتاريخ ١٩٦٧/٢/١٤، مجلة القضاء الاداري، ١٩٦٧، ص١٢٢.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٨٥٤، بتاريخ ١٩٦٤/٧/١٤، مجلة القضاء الاداري، ١٩٦٤، ص٢٣٥.

(٣) قرار محكمة التمييز اللبنانية، رقم ٢٠١٠/٤٥، بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٧، كساندر ٢٠١٠، ص ٨٥٧.

(٤) فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الاول، مرجع سابق، ص١٦٠.

١- وجود ظرف استثنائي: ان السبب الأساسي لوجود هذه النظرية هوه حدوث حالة خطرة مثل الكوارث الطبيعية أو حالة الحرب وغيرها واكد هذا الشرط مجلس شورى الدولة اللبناني في قراره "فالخطر الداهم هو الذي يكون مبرراً لشرعية سلوك الإدارة بالمخالفة لقواعد المشروعية العادية في الظروف الاستثنائية"(١).

٢- صعوبة مواجهة الظروف الاستثنائية بالوسائل العادية: تضطر الإدارة في بعض الأوقات للخروج على مبدأ المشروعية العادية من اجل المحافظة على سير المرفق العام أو حماية الامن العام.

٣- تناسب الاجراء المتخذ مع الظرف الاستثنائي الذي تواجهه الإدارة: اي انه يجب على الإدارة ان يكون تصرفها بقدر الظرف الاستثنائي الذي طرأ، فيجب عليها ان تضحي بقدر ماتمليه الضرورة لتحقيق المصلحة العامة.

٤- انتهاء سلطة الإدارة الاستثنائية بانتهاء الظرف الاستثنائي: تكون سلطة الإدارة الاستثنائية موجودة على دوام وجود الظرف الاستثنائي وتنتهي هذه السلطة في حال انتهاء هذا الظرف، لتعود وتخضع لقواعد المشروعية العادية. وهذا ماأكده مجلس شورى الدولة اللبناني في قراره اذ جاء فيه "يشترط للإستفادة من أحكام الظرف الاستثنائي ان يكون التدبير المتخذ لمواجهة حالة استثنائية متمادية من الزمن بحيث تجعل من المتعذر العمل بهدي من مبدأ المشروعية"(٢).

بعد ان تعرفنا على نظرية الظروف الاستثنائية وماهي اهم شروطها، لابد لنا ان نعرف أثر هذه النظرية على تصرف الإدارة الذي يبلغ الاعتداء.

كما بينا ان وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي في أن الظروف الاستثنائية لا تبرر تصرف الإدارة الذي يبلغ حد التعدي، وإنما تنتقص من درجة جسامة عدم المشروعية التي تشوبه فيصبح هذا التصرف مشوباً بعدم المشروعية البسيط ويختص به مجلس الدولة، والنتيجة التي تترتب على ذلك أن الاختصاص ينعقد لمجلس الدولة بنظر دعأوى التعويض

(١) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم٤٢٣، بتاريخ ١٩٥٨/١٠/٢١، مجلة القضاء الاداري، ١٩٥٨، ص٢١٣.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٢٠٠٥/٥٧٤-٢٠٠٦، بتاريخ ٢٠٠٦/٧/١٢، مجلة العدل، ٢٠٠٦، ص١٤٧٣.

الناشئة عن الاعتداء المادي في الظروف الاستثنائية وهو خروج عن القواعد العامة التي تجعل الاختصاص للمحاكم العدلية، وطبق المجلس هذا القضاء في دعأوى متعددة من أهمها قضية Alexis et Wolff الذي جاء فيها "ورغماً من أن اعتقال المدعيين بالصورة التي تم بها يكون اعتداء مادياً على الحرية الشخصية لا شبهة فيه لأن الموظفين لا اختصاص لهم أصلا وهو ما تختص المحاكم القضائية بنظره، إلا أن مجلس الدولة قضى باختصاصه واستند إلى أن عدم المشروعية في الظروف العادية يختلف عنه في الظروف الاستثنائية التي تخرج فيها الإدارة عن حدودها وهو ما يبرر التخفيف من جسامة عدم المشروعية الذي وقعت فيه، كما ألزم المجلس الإدارة بتعويض المدعيين عما أصابهما من أضرار لأن تصرف موظفيها كون خطأ مصلحياً وهو أمر يدخل في اختصاص مجلس الدولة الحكم به"[١].

وقضت محكمة التنازع الفرنسية في قرار لها "انه اذا وقع الاعتداء المادي في ظل ظروف استثنائية، ينتقل الاختصاص حينئذ إلى القضاء الإداري[٢].

وقضت أيضاً في قضية "Consorts Sellier" "بأن الإستيلاء غير المشروع على مساكن لإيواء جرحى الحرب فيها دون أن يكون لهذا الإستيلاء سند قانوني لا يعد اعتداء مادياً بل غصباً لأن حالة الاستعجال التي نشأت عن إصابة هؤلاء الجرحى تخفف من اعتداء الإدارة[٣].

اما محكمة النقض الفرنسية فقد كان لها رأي مخالف بنظرية الظروف الاستثنائية. فرغم اعترافها بها، إلا أنه فيما يتعلق بارتكاب الإدارة اعتداء مادياً في ظل تلك الظروف، كان لهذه المحكمة موقفاً مختلفاً. فقدت اعتبرت ان عمل الإدارة هذا، رغم وجود الظروف الاستثنائية، هو من قبيل التعدي[٤].

---

(١) حكم المجلس في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧، طبعة سنة ١٩٦٢ ص٢٨٩. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٨٨.

(٢) نقلاً عن نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٢٦.

(٣) حكم التنازع في ٢٥ يوليو سنة ١٩٥٠ المجموعة ص ٦٧٠. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٩٢.

(٤) نقلا عن نزيه نسيب ياسين، مرجع سابق، ص١٢٦.

وكذلك إذا جأوزت الإدارة قراراً بالإستيلاء على قطعة أرض معينة لإقامة أكواخ يأوى إليها المصابون في الحرب فوضعت يدها على أرض أخرى فإن حالة الاستعجال التي تقترن بهذا التصرف تجعله غصباً بسيطاً وليس اعتداء مادياً(١).

وهذا التوجه طبقه القاضي الإداري في لبنان فقد اعطى مجلس شورى الدولة في قرار له الصلاحية للنظر في دعوى التعدي اثناء الظروف الاستثنائية ولايعتبر عمل الإدارة من قبيل أعمال التعدي اذ جاء في قراره: "إن الأضرار المشكو منها (تمركز وإشغال أفراد الجيش اللبناني منزل ومكتب الجهة المستدعية) إذا كانت تشكل في الظروف العادية فعل تعدي فإنها في ضوء الظروف الاستثنائية لا تتصف بفعل التعدي ويكون مجلس شورى الدولة صالحاً للنظر في النزاع الناشئ عنها... إن الظروف الاستثنائية تؤدي إلى توسيع سلطات الإدارة بالقدر اللازم حتى تتمكن هذه الأخيرة من اتخاذ الاجراءات التي يفرضها الطابع الاستثنائي للظروف والتي قد تصل إلى حد المساس بالحريات العامة"(٢).

وفي قرار أخر لمجلس الشورى جاء فيه "في ظل الظروف الاستثنائية التي تنزع عن العمل الإداري طابع المخالفة الجسيمة، يعود للقاضي الإداري نظر هذا العمل..." (٣).

وكذلك في قرار اخر "بما ان المحكمة ترى أن الظروف التي كانت البلاد تجتازها عندما قامت الإدارة بالتعدي على العقار كانت تتصف بطابع الظروف الاستثنائية، فهي حصلت بصورة مفاجئة وخطيرة واتسع نطاقها حتى شمل جميع الأراضي اللبنانية، وكان يستحيل على الإدارة أن تتصرف بصورة شرعية، وأن هذه الظروف استمرت اثناء حصول التعدي... وانه في حال توفر الظروف الاستثنائية فإن المخالفة الصارخة للقانون والتي هي عنصر من عناصر التعدي، تصبح مخالفة بسيطة ويعود بالتالي صلاحية النظر بتصرف الإدارة للقاضي الإداري، كما أن هذه الظروف الاستثنائية تنزع عن التعدي صفاته وخصائصه

---

(١) قرار محكمة التنازع الفرنسية، بتاريخ ٧ ديسمبر ١٩٥٠، ص٦٧٣. نقلاً عن مصطفى كيره، مرجع سابق، ص٢٩٣.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٦٩٤، بتاريخ ١٩٩٨/٦/٢٩، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٩، ص ٦٠٩.

(٣) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم ٩٨٤، بتاريخ ١٩٩٦/٧/٨، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٧، ص٧٨٣٠.

المميزة بحيث يعتبر عملاً إدارياً ويصبح خاضعاً لرقابة القضاء الإداري وليس لرقابة القضاء العدلي"[١].

من ناحية اخرى، يعود للقاضي العدلي تقدير وجود أو عدم وجود الظروف الاستثنائية عندما يطعن في القرارات الإدارية التي يكون فيها تعرض للحريات الأساسية أو استيلاء أو تعدٍ، فإذا ما تبين للقضاء العادي في معرض نظره بتعدٍ صادر عن الإدارة، أن ظروفاً استثنائية املت عليها اتخذا هذا التدبير بهدف تحقيق المصلحة العامة، قضى برد الدعوى لعدم الصلاحية.

خلاصة القول، ان غاية نظرية الظروف الاستثنائية تكمن في تمكين السلطة الإدارية من تأمين سير المرافق العامة والحفاظ على الأمن والسلامة العامة، ولهذا السبب فأن الإدارة قد تلجأ في بعض الاحيان الى القيام بأعمال تحتوي على اخطاء بالغة الجسامة، فلو كانت في الظروف الطبيعية لاتصفت هذه الأعمال بالتعدي، اما في ظل وجود هذه النظرية فأنه يزول هذا الوصف عنها وتصبح أعمال ذو خطأ بسيط وليس جسيم وتنزال عليها صفة التعدي، والذي يبين لنا بالنسبة لتأثير الظروف الاستثنائية على أعمال الإدارة التي تبلغ حد الاعتداء، أن هذه الظروف التي تقع الإدارة تحت تأثيرها تغطي فكرة التعدي فلا تختص المحاكم العدلية في هذه الحالة وإن كان ذلك لا يحول دون مساءلة الإدارة عن أعمالها غير المشروعة، وينعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية بالحكم على الإدارة بالتعويضات نتيجة للأخطاء التي اقترنت بها.

---

(١) مجموعة الدرجة الأولى في بيروت، قرار رقم ٤، تاريخ ١٩٨٣/٢/٢، مجموعة حاتم، جزء ١٨٣، ١٩٨٥، ص ١٠٢.

الخاتــمة

لابد لنا في خاتمة هذه الرسالة ان نتطرق الى اهم ماجاء فيها، فقد تبين لنا من خلال البحث في فصولها وماتضمنته من مفردات، انه بالرغم من اعتبار حق الملكية في معظم الدساتير العالمية حق مقدس، إلا أننا نجد ان الاعتداءات التي تقع على الملكية العقارية هي بتزايد مستمر.

لكنه وتحت ستار تأمين المصلحة العامة تلجأ معظم الدول ومنها العراق ولبنان الى الاعتداء على الملكية الخاصة دون وجه حق (من دون اللجوء الى الطرق القانونية المشروعة) وهكذا نجد أن الإدارة تضع يدها على ملكية خاصة من دون اي مسوغ شرعي، مما يشكل اعتداءً صارخاً على الملكية الخاصة.

إن عمل الإدارة إذا لم يتم في إطار قانوني سليم يعد عملاً مادياً وتزال عنهُ طبيعتهُ الإدارية، فاذا استولت الإدارة على ملكية خاصة دون أن يسبقها مرسوم إعلان المنفعة العامة يعد هذا اعتداءاً وانتهاكاً لحق الملكية الخاصة ويحق للقضاء آنذاك إلزام الإدارة بالتخلي عن العقار مادام أن الإدارة بتصرفها هذا قد انقلبت على مبدأ المشروعية، مما يسمح بمطالبة الإدارة بالتعويض عن الاضرار التي سببتها.

وعند توافر حالة التعدي فأن الاختصاص ينعقد للقضاء العدلي وفي بعض الاحيان الى القضاء الإداري، والغاية المتوخاة من هذا كله هي حماية الحريات الفردية والملكية الخاصة.

وعليه، بناءاً على ماتقدم وبعد ان انتهينا من دراسة الموضوع فأن اهم النتائج التي توصلنا اليها تتخلص في ان ملكية الافراد للعقارات والاموال اضحت اليوم ذات وظيفة إجتماعية، ولكن حق المجتمع في ان يكون هذا التملك غير ضار به، وان يحقق مصالح المالك ومصالح المجتمع، واذا ما تعارضت هاتان المصلحتان بتجأوز الافراد على اموال الدولة مفضلين مصالحهم الخاصة على العامة ، فعندئذ ترجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. وكذلك ان النص على حق الملكية في الدساتير الغربية والعربية يعني الإعلاء من شأنها وتقديسها ودليلاً على وجود الرغبة الجادة في حماية وتحصين هذا الحق. وإن دساتير الدول العربية غالباً ما نصت على هذا الحق بصيغ متشابهة وغالباً ما تكون بنفس الصيغ التي جاءت بها الإعلانات والإتفاقيات الدولية لحقوق الأنسان. وتعتبر الرقابة القضائية هي الضمانة الفعالة لحق الملكية الخاصة عند تجأوز السلطة لهذا الحق، حيث أن القضاء يمثل الركيزة الأساسية لإقامة العدل بين الناس. علماً أن التعدي يرد على المنقول وغير المنقول وعلى كافة

الحريات الأساسية للفرد، بعكس نزع الملكية للنفع العام الذي يعتبر امتيازاً للإدراة ولايرد إلاّ على العقارات والحقوق العينية الأصلية ولا يشمل المنقول. وأيضاً يعتبر التعدي هو عيب من عيوب المشروعية الجسيمة، ينحدر بالعمل إلى مستوى الأعمال المادية التي ليس لها أي آثار قانونية. وان الإدارة في حالة ارتكابها التعدي تفقد الامتيازات المعترف لها بها وتنزل منزلة الافراد ويكون سقوط هذه الامتيازات بمثابة عقوبة تتعرض لها الإدارة. اما مبدأ الفصل بين السلطات فيعتبر هو ضمانة لحق الملكية الخاصة عن طريق إيجاد نوع من الرقابة المتبادلة بين السلطات الثلاث. كما يتبين لنا ان هناك تنافس ايجابي بين القضاء الإداري والقضاء العدلي في حماية حقوق وحريات المواطنين من تعديات الإدارة.

ان اهم التوصيات التي نتمنى الاخذ بها تدور حول إجراءات نزع الملكية للصالح العام. وفي هذا الصدد فأننا نعتقد بأن إجراءات نزع الملكية للنفع العام في العراق والتي تضمنتها قوانين الاستملاك السابق كانت أفضل نسبياً من الاجراءات الواردة في قانون الاستملاك النافذ حالياً، لأنها تتضمن السماح لأصحاب العقارات والحقوق العينية الأصلية الاعتراض ادارياً أو الطعن قضائياً في قرارات نزع الملكية في ظل تلك التشريعات بخلاف القانون النافذ. بناءً على ذلك نوصي من المشرّع العراقي اعادة النظر في قانون الاستملاك النافذ كلياً، والعودة إلى الاجراءات الإدارية التي تبناها قانون الاستملاك السابق رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ مع اجراء التعديلات اللازمة عليه بما ينسجم مع ظروف المرحلة الراهنة لمنع الإدارة قدر الامكان من التعدي على الاملاك الخاصة. وكذلك ان في قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ الفقرة ١ والتي جاء فيها (... من قبل دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي تحقيقاً لاغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها) فيلاحظ ان المشرع العراقي لم يذهب الى ماذهب اليه المشرع اللبناني والذي اشار (... تستملك العقارات ... لاجل منفعة عامة...) وذلك في نص المادة الأولى من قانون الاستملاك اللبناني رقم ٥٨ لسنة١٩٩١، وعليه يتبين لنا ان المشرع العراقي اراد ان يبعد الرقابة القضائية عن سلطة الإدارة وتحديد معيار المنفعة العامة فجعل عبارة (تحقيقاً لاغراضها وتنفيذاً لمشاريعها) حيث يصبح للإدارة سلطة مطلقة في تحديد تلك الخطط والمشاريع وبأمكانها الافلات في حال تعسف الإدارة في سلطتها عندما تتخذ قرار الاستملاك، لذلك نوصي ان ياخذ المشرع العراقي عبارة تحقيقاً للمنفعة العامة وهي افضل من العبارة التي استخدمها المشرع بأعتبار ان معيار المنفعة العامة بالنسبة الى القاضي يمكن ان يستشفها وفقاً للزمان والمكان والظروف الموضوعية التي اقتضى استملاك العقارات الخاصة من اجلها، وبالتالي يتقلص دور الإدارة في تعسفها والتمادي في إستعمال السلطة امام القضاء من اجل حماية الملكية الخاصة. وبما إن الملكية الخاصة هي بحمى الدستور، لذلك ندعو المشرّع العراقي الدستوري والعادي إلى تشكيل محكمة دستورية عليا تتبنى الرقابة القضائية

على دستورية القوانين بطريق الدعوى المباشرة، وتمكين الأفراد والهيئات من الطعن في دستورية القوانين والقرارات التي لها قوة القانون أمام المحكمة، لاسيما تلك القرارات المتعلقة بالتعدي على الملكية الخاصة بما يكفل أحترام الملكية الخاصة من التعديات التي يمكن ان تطالها. وكذلك نوصي المشرّع العراقي أن تكون عمليات نزع الملكية للنفع العام مسبوقة بقرار تحقق النفع العام صادر عن الوزير المختص، تحدد فيه المشروعات المنوي تنفيذها، والعقارات اللازمة له، وأن تتاح امكانية الطعن بهذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري. وهذا الأمر ينصرف أيضاً إلى قرار نزع الملكية، الذي نرى أنه يجب أن يكون قراراً ادارياً قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة نفسها. كما ندعو القضاء الإداري في العراق بعد أن يتمكن من الرقابة على قرار تحقق النفع العام الصادر عن الوزير المختص، بأن يتبنى رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار، نظراً لما توفره من حماية للملكية الخاصة امام استملاك غير ضروري للمصلحة العامة. اما بالنسبة لمبالغ التعويض التي تعرض من قبل اللجان الإدارية فكثيراً ما تقترح تعويضات بخسة إن لم نقل تافهة، بناءاً على مؤشرات غير علمية وإنما مبنية على هدي ومزاج بعض أعضائها، لذلك نوصي إسناد هذه المهمة إلى لجان إدارية ذات صفة قضائية كما هو الحال في لبنان على ان تبقى قراراتها تحت رقابة القضاء. ولابد ان تكون امام القضاء الإداري والعدلي في العراق احكامٌ وافية وتفصيلية متضمنة مبادىء قانونية يتم صياغتها فنياً ولغوياً لتكون الأساس في العمل القانوني لحماية الحقوق والملكية الخاصة. كما اننا نقترح ان ينتقل عبء الاثبات من على عاتق الفرد الى الإدارة، لأن هذه الاخيره قد تحتفظ بالمستندات والوثائق الضرورية لسير الدعوى بهدف وقف الدعأوى التي قد تثار بوجهها. اما لناحية الربع المجاني فأننا نلاحظ غالباً بأن الشروط الواجبة التطبيق لا تحترم بما فيه الكفاية، لذلك نوصي بمراعاة الاحكام القانونية النافذة في هذا المجال، لأن من شأن ذلك حماية الملكية الخاصة للافراد. ونشدد ختاماً لهذه الدراسة على وجوب أحترام مبدأ المشروعية لأنه وحده الكفيل بتدعيم دولة القانون وحماية الملكية والحرية الفردية من مختلف انواع التعدي.

لائحة المراجع

أ- الكتب

١) ابراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري اللبناني، الجزء الأول، الدار الجامعية، ١٩٩٦.

٢) ادوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، بيروت، (ب، ت).

٣) إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في إستعمال الحق في الشريعة والقانون، الطبعة١، الموصل، ١٩٨٤.

٤) إسماعيل ميرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، النظرية العامة في الدساتير، الجزء١، الطبعة١، شركة الطبع والنشر الأهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد، ١٩٦٠.

٥) اكرم نشأت ابراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الطبعة١، مطبعة الفتيان، بغداد، ١٩٩٨.

٦) امير موسى، حقوق الأنسان مدخل إلى وعي حقوقي، الطبعة١، بيروت، ١٩٩٤.

٧) برهان غليون وآخرون، حقوق الأنسان العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، ط١، بيروت، ١٩٩٩.

٨) جان باز، الوسيط في القانون الإداري اللبناني، بيروت، (ب، ن)، ١٩٧١.

٩) حامد محمود إسماعيل، الملكية الخاصة في ظل الإسلام، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأول، منشورات جامعة صنعاء، ١٩٧٨.

١٠) حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.

١١) حسين جميل، حقوق الأنسان في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية١، الطبعة٢، بيروت، ٢٠٠١.

١٢) رامز محمد عمار ونعمت عبد الله مكي، حقوق الأنسان والحريات العامة، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ٢٠١٠،

١٣) رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

١٤) سعاد الشرقأوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، الجزء٢، الطبعة٢، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

١٥) سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
١٦) سعيد أمجد الزهأوي، التعسف في إستعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، الطبعة١، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ١٩٧٥.
١٧) سليمان الطمأوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، اموال الإدارة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
١٨) سليمان محمد الطمأوي، الوجيز في القانون الإداري "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٤.
١٩) سليمان محمد الطمأوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٩.
٢٠) شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩.
٢١) شعبان محمد إسماعيل، الثقافة الإسلامية في ضوء القرآن والسنة، دار المريخ للنشر، المملكة العربية السعودية، بدون تاريخ.
٢٢) صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦١.
٢٣) طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة الحديثة، ١٩٧٣.
٢٤) عباس نصرالله، الغرامة الاكراهية والأوامر في التنازع الإداري –دراسة مقارنة–، الطبعة الأولى، منشورات مكتبة الاستقلال، بيروت، ٢٠٠١.
٢٥) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة٦، الاسكندرية، ١٩٨٩.
٢٦) عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٨، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
٢٧) عبد العزيز محمد سرحان، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الأنسان والحريات، دار النهضة العربية، القاهرة، (ب. ت).
٢٨) عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٢.
٢٩) عبد اللطيف نايف، إختصاصات القضاء الإداري بين الاطلاق والتقييد، (د.ن)، ٢٠١٢.
٣٠) عبد الله إسماعيل البياتي، مساهمة في إعداد الدستور الدائم وقانون الأنتخاب، بغداد، ١٩٦١.
٣١) عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة السابعة، منشورات امعة دمشق، ٢٠٠٢–٢٠٠٣.

٣٢) عبد المنعم عبد العظيم جيزة، آثار حكم الالغاء، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٧١.
٣٣) عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، الطبعة٢، القاهرة، ١٩٦٤.
٣٤) عبد الوهاب مطر الداهري، أقتصاديات الإصلاح الزراعي، الطبعة١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.
٣٥) عبدالحميد محمود البعلي، الملكية وضوابطها في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، (ب، ت).
٣٦) عدنان الخطيب، الأنسان وحقوقه في القانون الدولي، مركز زايد للتنظيم والمتابعة، أبو ظبي، ٢٠٠٠.
٣٧) عدنان حمودي الجليل، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة، القاهرة، ١٩٧٥.
٣٨) عزت السيد برعي، حماية حقوق الأنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، القاهرة، ١٩٨٥.
٣٩) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء١، بدون ناشر، ١٩٦٩.
٤٠) علي الدين هلال وآخرون، الديمقراطية وحقوق الأنسان في الوطن العربي، سلسلة كتب المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة٣، بيروت، ١٩٨٦.
٤١) علي حسين الخلف وسلطان الشأوي، المبادىء العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة الكويت، ١٩٨٢.
٤٢) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الطبعة١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والإعلان، عمان، ١٩٩٩.
٤٣) عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، الطبعة١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
٤٤) غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الأنسان وحرياته الأساسية، الطبعة٢، عمان، ١٩٩٧.
٤٥) فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الجزء الأول، النشاط الإداري، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٢.
٤٦) فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، مراقبة العمل الإداري، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٢.
٤٧) قسطنطين كاتزاروف، نظرية التأميم، ترجمة عباس الصراف، مطبعة العاني، بغداد ١٩٧٢.
٤٨) كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٨٧.
٤٩) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٥.

٥٠)ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٦.
٥١)محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨.
٥٢)محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، (ب، ت).
٥٣)محمد سعيد مجذوب، الحريات العامة وحقوق الأنسان، لبنان، (ب. ت).
٥٤)محمد سليم محمد غزوي، الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الغربية والماركيسية، مؤسسة شباب الجامعة،عمان، بدون تاريخ.
٥٥)محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، (ب. ن)، ١٩٨٢.
٥٦)محمد عزيز، النظام السياسي في العراق، بغداد، ١٩٥٤.
٥٧)محمد علي حنبولة، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة، الطبعة١، دار بور سعيد للطباعة، الإسكندرية، ١٩٧٤.
٥٨)محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة١، المطبعة العالمية، القاهرة، (ب. ت).
٥٩)محمد يوسف علوان، حقوق الأنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، الكويت،١٩٨٩.
٦٠)محمود شريف بسيوني ومحمد سعيد الدقاق وعبد العظيم وزير، المجلد الأول، الوثائق العالمية والإقليمية، الطبعة١، بيروت، ١٩٨٨.
٦١)محمود شريف بسيوني ومحمد سعيد الدقاق وعبد العظيم وزير، حقوق الأنسان، المجلد الثاني، دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية، الطبعة٢، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٩٨.
٦٢)محمود عبد الله الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن، ١٩٩٤.
٦٣)محي الدين إسماعيل، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، (ب. ن)، ١٩٧٧.
٦٤)محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
٦٥)محي الدين القيسي، مبادئ القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.

٦٦) مصطفى كيره، نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

٦٧) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، (ب. ت).

٦٨) منير حميد البياتي، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، بدون ناشر، بغداد، ١٩٧٨.

٦٩) ميلود المهذبي وإبراهيم أبو خزام، الوجيز في القانون الدستوري، دراسة تحليلية في النظرية العامة لفلسفة القانون الدستوري، الكتاب الأول، الطبعة٢، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الجماهيرية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، ١٩٩٦.

٧٠) نبيلة عبد الحليم، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلسي الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٧١) نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.

٧٢) هيام مروة، القانون الإداري الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٣.

٧٣) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء ٤، الطبعة ٤، مطبعة دار الفكر المعاصر، لبنان، ١٩٩٧.

ب- المحاضرات

١. محفوظ سكينة، محاضرات في القانون الإداري العام، القيت في الجامعة اللبنانية، السنة الثانية /حقوق، ١٩٧٩-١٩٨٠.
٢. محي الدين القيسي، محاضرات في القانون الإداري، القيت في الجامعة الاسلامية، ٢٠١١، غير مطبوعة.

ت- المجلات

١. عباس العبودي، ضمانات العدالة في حضارة وادي الرافدين، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد ٢، ٢٠٠٠.
٢. العربي شحط عبد القادر، مجلة دراسات قانونية، العدد الثالث، بغداد، السنة الثانية، ٢٠٠٠.

٣. ماهر صالح علأوي الجبوري، الرقابة على تحقق النفع العام في قرارات الاستملاك–دراسة مقارنة–، مجلة العلوم القانونية، العدد١، المجلد العاشر، ١٩٩٤.

ث–الأطاريح والرسائل

١. احلام عدنان الجابري، العقوبات الفرعية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩.
٢. ازهار عبد الكريم، الحقوق والحريات في ظل الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، بغداد، ١٩٨٣.
٣. عزيز كاظم ناصر، الملكية الخاصة وخصوصية التطبيق الاشتراكي في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٨٤.
٤. محمد عبد الغني مهملات، الاستملاك ورقابة القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه في الحقوق مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة دمشق، ٢٠٠٥.
٥. منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦.
٦. نزيه نسيب ياسين، نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، الجامعة اللبنانية، المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والأقتصادية، ٢٠١٢.

ج– الاحكام القضائية

١. احكام مجلس الدولة الفرنسي
٢. احكام محكمة الاستئناف العراقية بصفتها التميزية
٣. احكام محكمة التمييز العراقية
٤. احكام محكمة التمييز اللبنانية، مجموعة باز
٥. احكام محكمة التمييز اللبنانية، مجموعة حاتم
٦. كساندر(فهرس اجتهادات المحاكم في لبنان)
٧. مجلة القضاء الإداري اللبناني
٨. مجلة ديوان التدوين القانوني العراقية
٩. النشرة القضائية

ح- الدساتير والتشريعات العادية

أولاً: الدساتير

أ- الدستور العراقي لعام ١٩٧٠و ٢٠٠٥

ب- الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل

ت- الدستور اللبناني ١٩٢٦مع تعديلاته و١٩٩١

ثانياً: القوانين

١- القانون المدني الفرنسي

٢- القانون المدني المصري

٣- القوانين العراقية

أ- قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١

ب- قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠

ت- قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠

ث- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

٤- القوانين اللبنانية

أ- قانون الاستملاك رقم ٤ لسنة ١٩٥٤

ب- قانون الاستملاك رقم ٥٨ لسنة ١٩٩١

المحتويات